Der
Werklieferungsvertrag
nach § 381 Abs. 2 HGB.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

August Kronacher,
Rechtspraktikant aus Bamberg.

Approbiert am 21. Dezember 1905.

München 1906.
J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

75

Der
Werklieferungsvertrag
nach § 381 Abs. 2 HGB.

Inaugural=Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

August Kronacher,
Rechtspraktikant aus Bamberg.

Approbiert am 21. Dezember 1905.

München 1906.
J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

Referent: Univ.-Prof. Dr. Sehling.

Druck: Dr. F. P. Datterer & Co., Freising.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis V

§ 1. Einleitung 1

§ 2. Die Vorgeschichte der §§ 651 BGB. und 381 II HGB. . . . 3

§ 3. Das Verhältnis des § 381 Abs. II HGB. zu § 651 Satz II BGB. 9

Anwendung der Vorschriften über den Handelskauf auf den Werklieferungsvertrag.

§ 4. Die Vergütung 16

Die Abnahme und der Verzug derselben.

§ 5. Begriff der Abnahme und Voraussetzungen des Abnahmeverzuges 18

§ 6. Rechte des Lieferanten bei Abnahmeverzug des Bestellers 24

§ 7. Die Mitwirkung des Bestellers und die Folgen der Unterlassung 35

§ 8. Der Werklieferungsvertrag als Fixgeschäft 44

Haftung des Lieferanten wegen Mängel des Werkes.

§ 9. Ansprüche des Bestellers bei mangelhafter Beschaffenheit des Werkes . . 47

§ 10. Die Mängel-Rüge 53

§ 11. Schluss 62

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0051

Literaturverzeichnis.

Albers, Die Abgrenzung von Kauf, Werkvertrag und Auftrag bei Herstellung und Lieferung einer Sache nach gemeinem und bürgerlichem Recht. Jenenser Diss. 1900.

Bernhardi, Handwörterbuch zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900/1901.

— Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900/1902.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen. 1896.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. 1900.

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens. Bd. II. 1. u. 2. Aufl. 1901.

Deutsche Juristenzeitung. Jahrg. VI ff.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. II. 1904/1905.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. u. 2. Aufl. 1903/1904.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1899.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 8 Aufl. 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl. 1902.

Gareis, Handausgabe des Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 2. Aufl. 1900.

— Das deutsche Handelsrecht. 7. Aufl. 1903.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903.

Hahn, Materialien zum Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. 1897.

Henle, Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag nach allgemeinen Grundsätzen und nach gemeinem Recht. 1902.

Juristische Wochenschrift. 1904.

Kleinschmidt, Grenzbestimmung zwischen Kauf und Werkvertrag nach gemeinem Recht und nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs verbunden mit einer Interpretation des § 651 dieses letzteren. Rostocker Diss. 1903.

Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft. 1902.

— Annahme und Annahmeverzug in Iherings J. f. d. Dogm. d. b. R. Bd. 17 S. 261 ff. 1879.

Krückmann, Zur Reform des Kaufrechtes, Beitrag zur Revision des Handelsgesetzbuchs. 1896.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1899/1900.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 18. August 1896—1904.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1901.

Lehmann, Die Bedeutung der Ausdrücke Abnahme (Empfangnahme) nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch in d. DJZ. 1902 S. 491 f.

Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Preuss. allgemeinen Landrechts. 1. u. 2. Aufl. 1900.

Makower, Handelsgesetzbuch, Kommentar. 12. Aufl. Bd. I 1899—1904, 1902.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I 3. Aufl. 1900.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar. 1898.

Müller und Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. 2. Aufl. 1904.

Münkel, Das Rechtsverhältnis aus § 651 des BGB. für das Deutsche Reich. Erlanger Diss. 1899.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1896.

Niedner, Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung in d. DJZ. 1901. S. 443 ff.

Ochss, Begriff und rechtliche Natur der nach § 651 des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beurteilenden Vertragsverhältnisse. Leipziger Diss. 1903.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar. 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1. u 2. Aufl. 1900.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1900.

Recht, Das, 6. Jahrg. 1902.

Scherer, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz. 1898/1900.

Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1902.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. 1904.

Sonnenbrodt, § 381 Abs. 2 des HGB. für das Deutsche Reich. Erlanger Diss. 1901.

Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte. 1902.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. 1900.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. 2. Aufl. 1903/1905 (noch nicht vollendet).

Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch, Sonderabdruck aus dem SächsArch. 1901.

Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. 1898.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900/1901.

Wittich, Zum § 651 BGB. in GruchotsBeitr. Bd. 49, 2. u. 3. Heft S. 270 ff.

Einleitung.

§ 1.

Der Werklieferungsvertrag, das ist der Vertrag, durch welchen sich der Unternehmer verpflichtet, eine Sache aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen und sie dem Besteller zu liefern, ist im BGB. § 651 verschieden geregelt, je nachdem es sich um eine vertretbare oder nicht vertretbare Sache handelt.

Im ersteren Falle finden die Vorschriften über den Kauf ungeändert Anwendung. Bei einer nicht vertretbaren Sache dagegen setzt § 651 BGB. die wichtigsten derselben ausser Wirksamkeit und erklärt an deren Stelle die Vorschriften des Werkvertrags mit Ausnahme der §§ 647, 648[1]) für anwendbar.

Im Gegensatz zu dieser Bestimmung steht § 381 Abs. 2 HGB., welcher auch diesen Vertrag den Regeln über den

[1]) Die Unanwendbarkeit dieser beiden Paragraphen ergibt sich aus deren Inhalt von selbst: dieselben behandeln das Pfandrecht des Unternehmers an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers (§ 647) und die Einräumung einer Sicherungs-Hypothek des Baumeisters an dem Baugrundstücke des Bestellers (§ 648) für Forderungen des Unternehmers aus dem Vertrag. Die Paragraphen können deshalb keine Anwendung finden, weil ja der Unternehmer beim Werklieferungsvertrag den Stoff liefert und nicht dem Besteller, sondern ihm selbst die hergestellten Sachen bis zur Eigentumsübergabe gehören.

Handelskauf unterstellt. Auf den ersten Blick scheinen diese beiden Bestimmungen einander zu widersprechen. Dieser scheinbare Widerspruch und die aus den beiden Paragraphen sich ergebende Rechtslage soll nun im folgenden einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Gegenstand derselben ist nur der Werklieferungsvertrag einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, da der Werklieferungsvertrag einer vertretbaren Sache (Lieferungsvertrag) schon nach § 651 BGB. als reiner Kauf zu betrachten ist, für ihn also von selbst die Vorschriften über den Handelskauf Anwendung finden.

Der Werklieferungsvertrag einer nicht vertretbaren unbeweglichen Sache scheidet deshalb von der Behandlung aus, weil § 381 Abs. 2 HGB. gemäss dem Grundsatze, dass Handelskauf nur der Kauf einer Ware, also einer beweglichen Sache[1]) ist, bestimmt, dass die Vorschriften über den Handelskauf nur für den Werklieferungsvertrag einer beweglichen nicht vertretbaren Sache Anwendung finden.

Bei der Darstellung werden die Gebiete, auf welchen die Bestimmung des § 381 Abs. 2 HGB. in die durch § 651 BGB. geschaffene Rechtslage eingreift, ausführlich behandelt werden; soweit sich die Rechtslage lediglich nach bürgerlichem Rechte beurteilt, insoweit also das Handelsrecht keine von BGB. abweichenden Bestimmungen enthält, wird dieselbe nur der Vollständigkeit und Uebersicht halber in Form einer Zusammenstellung der für den Werklieferungsvertrag geltenden Gesetzes-Vorschriften in einem Schluss-Kapitel gestreift werden. Ein kurzer Ueberblick über die geschichtliche Entwicklung der Behandlung des Werklieferungsvertrags wird der Erörterung der Rechtslage, wie sie sich aus dem jetzt geltenden Recht ergibt, vorausgeschickt.

---

[1]) Legaldefinition der Ware als bewegliche Sache in § 1 Ziff. 1 HGB.

Die Vorgeschichte der §§ 651 BGB. und 381 II HGB.

§ 2.

Der Werklieferungsvertrag nimmt eine Zwischenstellung zwischen Kauf- und Werkvertrag ein. Er ist dem Kaufvertrag insoferne verwandt, als es sich um Veräusserung einer allerdings erst anzufertigenden Sache handelt. Da aber die zu leistende Sache bei Vertragsabschluss noch nicht fertig vorhanden ist, sondern erst vom Unternehmer hergestellt werden muss, ist neben der Veräusserung eine Arbeitsleistung Gegenstand des Werklieferungsvertrags. Dadurch aber, dass der Werklieferungsvertrag auf Herbeiführung eines Arbeitserfolges abzielt, nähert er sich dem Werkvertrag, dessen Wesen in dem Austausch des Ergebnisses einer vom Schuldner zu unternehmenden Tätigkeit besteht.[1])

In diesem Dualismus der juristischen Natur des Werklieferungsvertrages ist die verschiedene gesetzliche Regelung desselben in den in Deutschland vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch geltenden Rechten begründet.

Nach Römischem Recht ist, wenigstens nach der herrschenden Meinung, der Werklieferungsvertrag nicht locatio conductio operis, sondern emptio venditio. Ist der Unternehmer Eigentümer des wesentlichsten Teiles des zur Herstellung der Sache erforderlichen Stoffes, als welcher bei Bauten nach dem Satze: „superficies solo cedit“ das Grundstück gilt, so lag im römischen Recht Kauf vor.[2])

---

[1]) Kohler, Einführung in der Rechtswissenschaft, S. 61.

[2]) Ebenso Oertmann S. 374 Anm. 1. „Der dagegen erhobene Widerspruch ist durchaus unhaltbar“. Henle S. 81: Es kommt darauf an, wer den Hauptgegenstand liefert; „Hauptgegenstand ist derjenige Teil des Stoffes, der im allgemeinen dem übrigen Teil gegenüber als das Hauptsächlichste erscheint“. Ferner: Sonnenbrodt S. 5; Emerich S. 14; Kleinschmidt S. 39; Riezler S. 56; Ochss S. 32; Dern-

In diesem Sinne sprechen sich die Quellenstellen l. 2 § 1 D loc. cond. 19, 2 und ll. 20, 65 D de contrah. empt. 18 1 aus.

Eine andere Ansicht vertritt Cassius, welcher in dem Werklieferungsvertrag ein Mischgeschäft erblickt;[1]) auch Grotius schloss sich dieser Meinung an.[2]) Diese Ansicht ist jedoch fast allgemein verworfen worden. Sie ist schon deshalb unhaltbar, weil diese Zweiteilung des Vertrages in Kauf bezüglich des Materials und Werkverdingung in bezug auf die Herstellung des anzufertigenden Gegenstandes der Parteiintention nicht entspricht, welche auf Leistung des ein unzerlegbares Ganze bildenden fertigen opus geht.[3])

Sabinus wie auch Gaius waren der gegenteiligen Ansicht, dass ein einheitliches Rechtsgeschäft, welches sich als Kauf darstelle, vorliege. Und diese Meinung liegt den obenzitierten Stellen aus den Digesten zugrunde.

Im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuche ist der Werklieferungsvertrag ebenso wie im Römischen Recht behandelt.[4])

Zweifelhaft ist die Stellung des code civil. Die dort einschlägigen §§ 1711, 1787 haben eine verschiedene Auslegung erfahren. Die einen sind der Ansicht, dass ein Werkvertrag nur vorliege, wenn der Besteller den Stoff liefere,

---

burg Bd. 2 S. 446; Windscheid Bd. 2 S. 706; Leske S. 267; Wittich S. 276; anderer Ansicht Krückmann S. 96 ff.: Aus der Bezeichnung des Werklieferungsvertrages als emptio venditio folge noch nicht, dass die Römer denselben allen Regeln des Kaufrechts unterstellten; vgl. S. 96 Anm. 2.

[1]) § 4 J de loc. e cond. 3, 24 Cassius ait materiae quidem emptionem et venditionem contrahi, operae autem locationem et conductionem.

[2]) De jure belli et pacis lib II cap. 12 § 5.

[3]) Münkel S. 10.

[4]) Sächs. Bürgerliches Gesetzbuch § 1244: „Hat er — der Unternehmer — sich verpflichtet den Stoff zu liefern, so ist der Vertrag als Kauf zu betrachten."

dagegen Kauf, wenn der Unternehmer den Stoff liefert. Nach einer anderen Anschauung ist die Parteiintention für die Beurteilung des Vertrages ausschlaggebend; der Vertrag sei Kauf, wenn die fertige Sache, Werkvertrag, wenn die Arbeitstätigkeit nach der Intention der Parteien als Hauptsache erscheine. Das ROHG. schloss sich der ersteren Auslegung an.[1])

In direkten unzweifelhaften Widerspruch zum Römischen Recht setzt sich das PLR. Nach demselben kommt es nicht darauf an, ob der Besteller oder der Unternehmer den Stoff liefert; vielmehr liegt ein Werkvertrag stets dann vor, wenn der Lieferant die zu liefernde Sache persönlich herzustellen hat, wenn also seine Arbeitsleistung Gegenstand des Vertrages ist.[2])

Gegen das ALR. richtet sich der § 338 altes HGB., welcher bestimmte, dass der Vertrag auf Lieferung vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis den Vorschriften über den Kauf unterliege, ohne dabei einen Unterschied zu machen, ob die Anfertigung durch den Lieferanten persönlich beabsichtigt ist, oder ob dieser auch von Dritten Erworbenes liefern darf. Natürlich negierte dieser Satz das PrALR. nur soweit, als ein Handelsgeschäft vorlag. Diese Regelung entsprang der Erkenntnis, dass die Anwendung der Vorschriften des Werkvertrages auf den Werklieferungsvertrag besonders vertretbarer Sachen, die doch als Gegenstände fabrikmässiger Art und Massenartikel ebensogut auf Vorrat wie auf Bestellung gearbeitet werden können, so dass die Arbeitsleistung stets in den Hintergrund tritt, mancherlei Unbilligkeiten mit sich bringt.

Aehnlich dem RLR. regelt auch der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich

[1]) Entsch. d. ROHG. XIII 135 S. 424, XIX S. 77.
[2]) ALR. I 11 §§ 926, 956 ff., 973 ff.

Bayern den Werklieferungsvertrag, indem er ebenfalls nicht unterscheidet, ob der Besteller oder der Unternehmer den Stoff liefert, während das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch bei Lieferung des Stoffes durch den Besteller im Zweifel Werkvertrag, bei Lieferung des Stoffes durch den Unternehmer im Zweifel Kauf annimmt.[1])

Der Entwurf I des Bürgerlichen Gesetzbuches wurzelt vollkommen auf dem Boden des Römischen Rechts. Er bestimmt in § 568 Abs. 1, dass auf den Werklieferungsvertrag die für den Kaufvertrag geltenden Vorschriften, soweit nicht ein anderes vereinbart ist, Anwendung finden sollen. Diese Bestimmung ist aus zwei Gründen unzweckmässig. Erstens ist es für die Parteien schwer bei Abschluss des Vertrages zu entscheiden, ob die Anwendung der Regeln über den Kaufvertrag oder der Vorschriften des Werkvertrages in dem konkreten Falle richtigere Konsequenzen zeitigt. Es geht wohl an, dass die Parteien auf Grund des Prinzips der Vertragsfreiheit irgend eine einer gesetzlichen dispositiven Bestimmung zufolge sich aus einem Vertrage ergebende bestimmte Folge abändern können; es kann aber doch nicht statthaft sein, dass ein konkreter Tatbestand, der die objektiven Merkmale eines bestimmten Rechtsgeschäftes erfüllt, durch Parteivereinbarung einem ganz anderen Rechtsinstitut, dessen Merkmale ihm fehlen, untergeordnet wird.[2])

Ausserdem ist es aber für den Richter oft schwer, die Parteiintention zu ermitteln, zumal ja dieselbe nicht ausdrücklich verlautbart werden muss, sondern auch durch schlüssige Handlungen erfolgen kann.[3]) Die Kommission

[1]) Motive Bd. II S. 475.

[2]) Motive Bd. II S. 475; Emerich S. 16; Ochss S. 35.

[3]) Motive Bd. II S. 475: das Gesetz müsse Auskunft darüber geben „welche Rechtsnormen Anwendung finden, um so mehr als, wie die Erfahrung lehrt, die Intention der Parteien oft nur schwer zu ermitteln ist.“

für die zweite Lesung ging von der Erwägung aus, dass die Behandlung des Werklieferungsvertrages als Kauf in allen Fällen zu unbilligen Ergebnissen führen würde, wo es dem Unternehmer trotz der ihm obliegenden Beschaffung des Stoffes nach dem Sinne des Vertrags gestattet sein müsste eine fehlerhafte Leistung nachträglich zu verbessern.[1])

Weiterbauend auf dem Gedanken des Art. 338 des alten HGB. kam die Kommission zu dem Beschlusse, den Unterschied in der Beurteilung des Werklieferungsvertrages davon abhängig zu machen, ob die zu liefernde Sache vertretbar oder nicht vertretbar sei.[2])

In dieser Erwägung wurde der Antrag 2 Abs. 1 angenommen, welcher lautet:

> „Hat der Uebernehmer sich verpflichtet, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen und dem Besteller zu liefern, so finden die für den Kaufvertrag geltenden Vorschriften Anwendung, für den Fall jedoch, wenn eine nicht vertretbare Sache zu liefern ist, nur mit den Aenderungen, die sich aus den §§ 569 bis 573, 575 bis 578 ergeben.“[3])

Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt nun den Werklieferungsvertrag nicht in dieser Form, sondern in der Fassung des § 651 BGB.:

> „Verpflichtet sich der Unternehmer das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung; ist eine nicht vertretbare Sache her-

[1]) Protokolle Bd. II S. 338.
[2]) Protokolle Bd. II S. 339.
[3]) Protokolle Bd. II S. 337.

zustellen, so treten an die Stelle des § 433, des § 446 Abs. 1 Satz 1 und der §§ 447, 459, 460, 462 bis 464, 477 bis 479 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648."

Der Begriff der vertretbaren Sache ist im § 91 BGB. definiert. Darnach sind vertretbare Sachen solche, welche im Verkehr nur nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Es sind also Sachen, die sich von anderen Sachen der gleichen Art nicht durch ausgeprägte Individualitätsmerkmale unterscheiden, so dass sie im Verkehr in der Regel durch andere gleichartige Sachen ersetzt werden können. Diese Definition ist auch dem § 651 BGB. zugrunde zu legen. Es bleibt jedoch den Parteien unbenommen, eine Sache, die an sich den Charakter der Vertretbarkeit hat, in ihrem Vertragsverhältnis als eine nicht vertretbare zu behandeln;[1]) dies wird beim Werklieferungsvertrag sehr häufig der Fall sein, und zwar immer dann, wenn die betreffende Sache nicht auf Vorrat fabrikmässig gearbeitet werden kann, sondern speziell für den Besteller nach dessen Angaben oder nach Mass herzustellen ist. Eine Willenserklärung, dass eine an sich vertretbare Sache als nicht vertretbar zwischen den Kontrahenten behandelt werden soll, braucht nicht ausdrücklich zu erfolgen, vielmehr kann sich ein derartiger Wille der Parteien aus dem Vertragsinhalt oder aus Begleitumständen ergeben.[2])

Während nun das Bürgerliche Gesetzbuch in § 651 beim Werklieferungsvertrag als springenden Punkt für dessen Regelung die Unterscheidung zwischen der Vertretbarkeit und der Nichtvertretbarkeit der zu liefernden Sache betrachtet, macht das Neue Handelsgesetzbuch eine solche

[1]) Protokolle Bd II S. 340.
[2]) Vgl. Emerich S. 20 ff.; Wittich S. 282 ff., 285.

Unterscheidung nicht, indem es im § 381 Abs. 2 bestimmt, dass die Bestimmungen für den Kauf im zweiten Abschnitt des dritten Buches des Handelsgesetzbuches auch dann Anwendung finden, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist. Es ist nun die Frage zu untersuchen, ob sich mit dieser Bestimmung das Handelsgesetzbuch trotz der richtigen Erkenntnis der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, dass sich eine Verschiedenheit zwischen dem Bürgerlichen und dem Handelsrecht in dieser Frage nicht empfehle,[1]) mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches in Widerspruch gesetzt hat.

Das Verhältnis des § 381 Abs. II HGB. zu § 651 Satz II BGB.

§ 3.

Die Denkschrift zum neuen Handelsgesetzbuch meint, nach § 651 BGB. sei es zweifelhaft, ob der Werklieferungsvertrag nicht vertretbarer Sachen den Normen über den Handelskauf unterworfen werden dürfte.[2]) Dieser Zweifel rührt daher, dass die Regelung desselben in § 651 BGB. Satz 2 die Erkenntnis seiner juristischen Natur durchaus nicht gefördert hat. Gerade ausgehend von dieser Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches begann der Streit darüber, ob der hier geregelte Vertrag Kauf, Werkvertrag oder ein negotium sui generis sei.

Der Wortlaut der Gesetzesstelle, wie auch die Proto-

---

[1]) Protokolle Bd. II S. 339.

[2]) Hahn, Materialien zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 379.

kolle[1]) sprechen dafür, dass auch der Werklieferungsvertrag einer nicht vertretbaren Sache juristisch als Kaufvertrag zu betrachten sei.

Wenn auch die Kaufregeln grossenteils für nicht anwendbar erklärt sind und an ihre Stelle beinahe sämtliche Regeln des Werkvertrages treten, so ist der Vertrag prinzipiell doch Kauf, bzw. wenn die Vergütung nicht in Geld besteht, Tausch.[2]) Die Definition des Kaufes in § 433 BGB. trifft völlig zu. Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen. Eine besondere Herstellungspflicht der Sache besteht für ihn nicht, zur Arbeitsleistung ist er nur mittelbar verpflichtet, weil er eine bestimmt gestaltete Sache liefern muss.[3]) Allerdings tritt diese Arbeitsleistung nicht wie bei Lieferung einer vertretbaren Sache zurück. Darum treten auch an Stelle gewisser Bestimmungen über den Kauf die Vorschriften des Werkvertragsrechtes. Immerhin aber handelt es sich auch beim Werklieferungsvertrag nicht vertretbarer Sachen in erster Linie um ein Veräusserungsgeschäft, das je nach der Art der vereinbarten Vergütung Kauf oder Tausch ist.

Eine andere Ansicht geht dahin, dass der Werklieferungsvertrag ein besonders gearteter Werkvertrag ist.[4]) Die Vertreter dieser Meinung stützen sich

---

[1]) Protokolle Bd. II S. 340: „Der Vertrag sei seinem Wesen nach ein Kaufvertrag; er enthalte auch nicht etwa neben dem Kaufvertrag einen Werkvertrag."

[2]) Dieselbe Ansicht Schollmeyer S. 109; Matthiass Bd. I S. 598; Dernburg Bd. II S. 447: Haidlen I S. 724; Leske S. 267; Meisner II S. 200 u. a.

[3]) Ebenso Protokolle Bd. II S. 340; Planck Bd. II S. 391; Matthiass Bd. I S. 598.

[4]) Kuhlenbeck II S. 274; Staudinger Bd. II S. 490[2]; Ochss S. 36; Crome Bd. II S. 703; Wittich S. 285; Entsch. d. OLG. Breslau v. 9. X. 1905 im Recht 1902 S. 556 Nr. 2570.

1. auf die Stellung des § 651 im BGB. unter dem Hauptbegriffe des Werkvertrages,[1])
2. auf den Wortlaut des § 651: „auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung", nicht „ein solcher Vertrag ist als Kauf zu betrachten".[2])

Die beiden Gründe sind nicht stichhaltig. Was die Stellung des § 651 im BGB. am Schlusse des Abschnittes über den Werkvertrag betrifft, so ist daraus nur zu ersehen, dass am Schlusse dieses Abschnittes festgestellt werden soll, dass der Werklieferungsvertrag nicht den Regeln des Werkvertrages, sondern prinzipiell denen des Kaufes unterstehen soll, also nicht als Werkvertrag, sondern als Kauf anzusehen ist.

Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch sagt: „auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung", so heisst dies: ein solcher Vertrag ist grundsätzlich als Kauf zu betrachten. Würde der Gesetzgeber die Beurteilung des Vertrages als Werkvertrag gewollt haben, so hätte er die Vorschriften über den Werkvertrag, abgeändert durch die Regeln des Kaufes, grundsätzlich für anwendbar erklären müssen.

Eine dritte Meinung erblickt in dem Werklieferungsvertrag ein negotium sui generis,[3]) ein Mittelding zwischen Kauf und Werkvertrag, für dessen Regelung die Aufstellung besonderer Vorschriften überflüssig gewesen sei, weil hiedurch nur zahlreiche Wiederholungen hervorgerufen worden wären; deshalb habe schon eine Verweisung auf bereits vorhandene Bestimmungen des Werk- und des Kauf-

[1]) Staudinger II S. 490[2]; Albers S. 55.

[2]) Ochss S. 36.

[3]) Oertmann S. 375, 3; Kleinschmidt S. 78 ff. Emerich S. 67; Landsberg S. 469; vgl. auch Fischer-Henle, Ueberschrift zu § 651.

vertrages genügt, um einen von beiden verschiedenen Kontrakt zu schaffen. Dem gegenüber ist mit Planck daran festzuhalten, dass der Vertrag vom Gesetz als ein einheitlicher charakterisiert ist, und dass der Unternehmer mithin nur mittelbar durch die Lieferungspflicht zur Herstellung verpflichtet ist, dass also lediglich ein Veräusserungsgeschäft vorliegt.[1])

Stellt man sich auf den Standpunkt, dass der Werklieferungsvertrag auch einer nicht vertretbaren Sache prinzipiell als Kauf zu beurteilen ist, so ist klar, dass auf ihn, falls er die Voraussetzungen des Handelskaufes erfüllt, auch die Bestimmungen Anwendung finden, welche das Handelsgesetzbuch im dritten Buch III. Abschnitt über den Handelskauf aufstellt. Dann wäre also § 381 Abs. 2 HGB. überhaupt überflüssig.

Wenn man dagegen den Werklieferungsvertrag als Werkvertrag oder als besonderen Vertragstypus betrachtet, so ist die in § 381 II. HGB. statuierte Bestimmung unbedingt nötig, um die Vorschriften über den Handelskauf auf ihn anwenden zu können.

Die Streitfrage über die Anwendbarkeit der vom Handelsrecht für den Handelskauf getroffenen Bestimmungen, welche je nachdem man den Werklieferungsvertrag als Kauf oder Werkvertrag betrachtet, zu einer anderen Lösung führt, hat das Gesetz durch die ausdrückliche Vorschrift des § 381 Abs. 2 HGB. entschieden, ohne jedoch zu der Kontroverse über die juristische Natur des Vertrags Stellung zu nehmen. Die Denkschrift führt hiezu aus, dass es in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung zweifelhaft erscheinen könnte, ob ein derartiges Geschäft den Vorschriften über den Han-

[1]) Planck S. 391, 4; anderer Ansicht Oertmann S. 375, 3; nach seiner Ansicht „ist es besser einen besonderen zwischen den beiden Grundtypen liegenden Werklieferungsvertrag anzunehmen".

delskauf unterliegt; ein sachlicher Grund, diese Vorschriften nur bei der Herstellung vertretbarer Sachen platzgreifen zu lassen, bestehe aber nicht.[1]) Nachdem übrigens durch § 651 Abs. 2 BGB. und § 381 Abs. 2 HGB. die für den Werklieferungsvertrag geltenden Vorschriften genau normiert sind, hat die Streitfrage über die juristische Natur des Vertrages nur geringe praktische Bedeutung.

Die besonderen Voraussetzungen, welche für die Anwendbarkeit der §§ 373 mit 381 HGB. vorhanden sein müssen, sind:

a) Der Werklieferungsvertrag muss ein Handelsgeschäft sein, also ein Geschäft eines Kaufmannes,[2]) das zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört (§ 343 Abs. 1 HGB.), oder doch wenigstens von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen wurde (§ 343 Abs. 2 HGB.). Gemäss § 344 HGB. wird vermutet, dass überhaupt jedes von einem Kaufmann vorgenommene Rechtsgeschäft zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört. Absolute Handelsgeschäfte (Art. 271 altes HGB.) gibt es nicht mehr; ein Geschäft eines Nichtkaufmannes kann niemals Handelsgeschäft sein. Ist der Vertrag für eine Partei ein Handelsgeschäft, so kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmässig zur Anwendung, soweit nicht durch gesetzliche Bestimmung eine Ausnahme (§§ 377, 378, 379 HGB.) gemacht ist (§ 345 HGB.).

b) Die zu liefernde Sache muss beweglich sein, mit anderen Worten „eine Ware“ im Sinne des HGB. Der Werklieferungsvertrag eines Bauwerkes[3]) kann wohl Han-

---

[1]) Hahn, Materialien S. 379.

[2]) Der Begriff des Kaufmannes ergibt sich aus §§ 1—3, 6 HGB.

[3]) Bei Bauwerken ist als Hauptstoff das Grundstück zu betrachten. Werklieferungsvertrag liegt also nur vor, wenn der Unternehmer auf

delsgeschäft sein; es sind aber niemals, da keine bewegliche Sache in Frage steht, die Vorschriften über den Handelskauf anwendbar.

In einer Ueberzahl der Fälle werden somit die Regeln des Handelsgesetzbuches anzuwenden sein, und es ist daher die Beantwortung der Frage von Wichtigkeit, inwieweit die Bestimmung des § 381 Abs. 2 HGB. mit § 651 Satz 2 im Widerspruch steht.

Es ist nun meines Erachtens unrichtig anzunehmen, durch § 381 Abs. 2 HGB. werde der Werklieferungsvertrag einer nicht vertretbaren Sache als Handelskauf sämtlichen Bestimmungen über den Handelskauf unterworfen, es werde also durch das HGB. die Vorschrift des § 651 Satz 2 aufgehoben und es kämen für die Behandlung des Vertrages als Handelsgeschäft nur die Regeln des Kaufes ohne jede Abänderung durch die Vorschriften über den Werkvertrag, wie dies der § 651 Satz 2 BGB. festsetzt, zur Anwendung.[1]) Diese Behauptung ist nirgends, wo sie aufgestellt ist, begründet. Staub begnügt sich, obwohl, wie er selbst zugibt, die Denkschrift anderer Meinung ist, mit dem Satze: „Allein die Erklärung des Gesetzgebers, dass sämtliche Vorschriften über den Handelskauf gemeint sind, von denen einzelne ganz besonders auf einen wirklichen Kauf zugeschnitten sind (z. B. §§ 376 u. 380), kann nicht anders aufgefasst werden, als dahin, dass jenes gemischte Geschäft als Handelskauf betrachtet werden soll."

Ich sehe jedoch den Grund nicht ein, warum man den

---

eigenem Grund und Boden das bestellte Gebäude baut, und dasselbe samt dem Grundstücke dem Besteller zum Eigentum übergibt; vgl. Staudinger Bd. II S. 491 III b, ebenso im Römischen Recht nach dem Grundsatz superfices solo cedit.

[1]) Diese Ansicht vertritt vor allem Staub Bd. 2 S. 1391 Anm. 2; ferner Riezler S. 70 f.; Cosack, Handelsrecht S. 185; scheinbar auch Endemann I S. 914 Anm. 17, S. 1102 Anm. 19.

§ 381 Abs. 2 anders als sein Wortlaut sagt, auslegen soll. Das Gesetz sagt klar und deutlich „sie finden auch Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist.“ Das „sie“ bezieht sich auf Absatz 1 und bedeutet: „Die in diesem Abschnitte für den Kauf von Waren getroffenen Vorschriften.“ Der Gesetzestext sagt also klar und deutlich, dass nur die im Abschnitt 2 des dritten Buches des HGB. über den Handelskauf getroffenen Sonderbestimmungen Anwendung finden sollen, im übrigen aber § 651 Satz 2 BGB. Geltung hat.[1]) Dies bestätigt auch die Denkschrift Seite 228: „Auch auf diesen Fall — nämlich den eigentlichen Werkvertrag; — einzelne Rechtssätze vom Handelskauf für anwendbar zu erklären, ist nicht angezeigt.“

Nimmt man übrigens an, dass der Werklieferungsvertrag prinzipiell Kauf ist, so kommt man auf Grund des Art. 2 EG. zum HGB. zu der einfachen Schlussfolgerung: Es finden auf ihn als Handelskauf die in § 651 Satz 2 BGB. modifizierten Bestimmungen über den Kauf insoweit Anwendung, als nicht durch die Vorschriften des zweiten Abschnitts des dritten Buches des Handelsgesetzbuches ein anderes bestimmt ist.[2])

---

[1]) Derselben Ansicht: Makower S. 1242 Anm. 2; Staudinger Bd. 2 S. 493 IV b; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 333 VI; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 186 Nr. 3; Emerich S. 95 II f.; Kleinschmidt S. 61; Goldmann-Lilienthal I S. 678 Anm. 30; Crome S. 705 Anm. 20 Bd. 2; ferner Entsch. OLG. Breslau 9. X. 1902 im Recht 1902 S. 560 Nr. 2620; Entsch. d. Kammerger. 19. II. 1903 in d. DJZ. S. 322 Nr. 13.

[2]) Es versteht sich von selbst, dass auch die allgemeinen Vorschriften des Handelsgesetzbuches über Handelsgeschäfte für den Werklieferungsvertrag als Handelsgeschäft gelten.

Anwendung der Vorschriften über den Handelskauf auf den Werklieferungsvertrag.

§ 4.

Die Vergütung.

Der Besteller ist verpflichtet, dem Lieferanten für die hergestellte Sache eine Vergütung zu entrichten (§ 631 BGB.). Diese gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (§ 632 BGB.). Ist ihre Höhe nicht bestimmt, so ist die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten (§ 641 BGB.). Ist dieselbe in Geld festgesetzt, so hat der Besteller sie von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen. Ist der Werklieferungsvertrag ein einseitiges Handelsgeschäft, so beträgt die Höhe der gesetzlichen Zinsen 4 vom Hundert für das Jahr (§ 246 BGB.); ist er dagegen ein beiderseitiges Handelsgeschäft, so beläuft sich dieselbe auf 5 vom Hundert für das Jahr (§ 352 HGB.). Die Verpflichtung zur Zinszahlung tritt nicht ein, wenn die Vergütung gestundet wurde. Fällt Uebergabe und Abnahme nicht zusammen,[1]) sondern liegt die Uebergabe zeitlich früher als die Abnahme, so hat der Besteller die Vergütung nach § 452, 651 BGB. von dem Zeitpunkte der Uebergabe an zu verzinsen, da ihm von da an nach § 446 Satz 2 BGB. die Nutzungen der Sache gebühren.

[1]) Abnahme ist Annahme als Erfüllung; vgl. hiezu die Ausführungen des folgenden § 5, sie enthält zwei Momente: 1. die rein körperliche Hinnahme und 2. die Anerkennung als Erfüllung; Planck Bd. 2 S. 379, 1 b. Es kann also sehr wohl die Uebergabe, die nur in der körperlichen Hinnahme besteht, und die Vollendung der Abnahme zeitlich auseinanderfallen.

Ist der Kaufpreis nach dem Gewicht der Ware bestimmt, so ist das Rein- oder Nettogewicht der Ware massgebend, d. h. es ist bei der Preisberechnung von dem Roh- oder Bruttogewicht das Gewicht der Verpackung (Tara) in Abzug zu bringen (§§ 380, 381 Abs. 2 HGB.). Diese Bestimmung greift nicht Platz, wenn sich aus dem Vertrage oder dem Handelsgebrauche des Erfüllungsortes etwas anderes ergibt. Ob und in welcher Höhe das Taragewicht nach einem bestimmten Ansatz oder Verhältnisse statt nach genauer Ausmittelung abzuziehen ist, bestimmt sich nach dem Vertrag oder dem Handelsgebrauch des Erfüllungsortes. Für den Werklieferungsvertrag einer nicht vertretbaren Sache kommt diese Bestimmung des HGB. wohl in den seltensten Fällen in Betracht. Denn in der Art der zu liefernden Sache liegt es, dass ihr Wert im allgemeinen nicht nach dem Gewichte derselben bemessen werden kann; der Massstab für die Höhe des Preises wird sich vielmehr nach dem verwendeten Material, der Art und der Zeit der erforderlichen Arbeit, dem Liebhaberwert oder nach ähnlichen Gesichtspunkten beurteilen. Maschinen, insbesondere Eisenbahn-Lokomotiven, die oft nicht vertretbare Sachen sind, werden zwar nach dem Gewichte bezahlt; indessen ist hier der § 380 HGB. deshalb gegenstandslos, weil dieselben unverpackt geliefert werden.

Die Kosten der Verpackung hat gemäss §§ 448, 651 BGB. der Besteller zu tragen, soweit sie zwecks Versendung der Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort nötig wird, der Lieferant dagegen, soweit dieselbe zwecks Uebergabe erfolgt.

Auch die weitere Bestimmung des § 380 HGB. über das Mass des Gutgewichts, d. i. eine dem Käufer gewährte Zugabe, die bei der Kaufpreisberechnung nicht berücksichtigt wird, und der Refactie, eine Ermässigung des Kaufpreises als Vergütung für schadhafte oder unbrauchbare Teile der

Ware, ist auf den Werklieferungsvertrag einer nicht vertretbaren Sache nicht anwendbar, weil sowohl das Gutgewicht, wie auch die Refactie nur bei vertretbaren Sachen in Betracht kommen können.

Die Abnahme und der Verzug derselben.

§ 5.

Begriff der Abnahme und Voraussetzungen des Abnahme-Verzuges.

Der Besteller ist nach § 640 BGB. zur Abnahme des vertragsmässig hergestellten Werkes verpflichtet. Der Begriff der Abnahme ist ein sehr bestrittener. Es treten sich hier folgende Ansichten gegenüber:

1. Die Abnahme des § 640 BGB. sei mit der des § 433 BGB. identisch; die Abnahme des Werkes bedeute nur „die tatsächliche Ueberführung des vollendeten Werkes an den Besteller“;[1]) auch Schollmeyer[2]) macht keinen Unterschied zwischen der Abnahme beim Kauf und der des § 640 BGB. und meint in den beiden Fällen bedeute Abnahme Annahme als Erfüllung.

2. Nach Oertmann u. a.[3]) zerfällt die Abnahme in zwei Akte, die allerdings zusammenfallen können, Uebernahme und Billigung des Werkes.

3. Nach Cosack[4]) ist der Begriff der Abnahme enger als der Begriff der Annahme; er umfasst nur diejenige Annahme, die den Besteller zur Untersuchung des Werkes instand setzt.

---

[1]) Dernburg Bd. 2 S. 432.

[2]) Schollmeyer S. 102, 2, S. 105, 2, insbesondere Anm. 2.

[3]) Oertmann S. 361, 1; Endemann Bd. 1 S. 795 Anm. 7; Staudinger Bd. 2 S. 468 a.

[4]) Cosack S. 534, 3 Bd. 1.

4. Abnahme im Sinne des § 640 BGB. ist gleichbedeutend mit Annahme als Erfüllung.[1])

Es ist jedenfalls unrichtig, die Abnahme des § 640 BGB. mit der des § 433 BGB. zu identifizieren; vielmehr entspricht der § 640 dem § 464 des Kaufes, da ja in den beiden Gesetzesbestimmungen der Akt der Annahme und der Abnahme mit denselben rechtlichen Folgen verknüpft ist. Die Annahme des § 464 ist aber zweifellos verschieden von der Abnahme des § 433 BGB. Meiner Ansicht nach ist unter Abnahme im Sinne des § 640 BGB. Annahme als Erfüllung zu verstehen. Ein Akt der Billigung liegt in der Abnahme nicht; etwas billigen heisst, die Sache „gutheissen", anerkennen, dass dieselbe mir entspricht, also mit keinem für mich den Wert der Sache herabsetzenden Mangel behaftet ist. Es ist also ein Widerspruch, ein Werk zu billigen unter Vorbehalt der Rechte wegen bei der Billigung bereits erkannter Mängel.

Die Abnahme stellt sich als eine Pflicht des Bestellers dar; er muss jedoch das Werk nur abnehmen, wenn es vertragsmässig hergestellt ist, wenn es also alle vom Werklieferanten zugesicherten Eigenschaften besitzt und nicht mit Fehlern behaftet ist. Zeigt das Werk Mängel, so muss der Besteller dasselbe nicht abnehmen, auch wenn diese Mängel den Wert oder die Tauglichkeit nur in geringem Masse beeinträchtigen.[2])

---

[1]) Ebenso Planck Bd. 2 S. 379, 1a; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 327; Fischer-Henle § 640 Anm. 1; Emerich S. 88; Lehmann in d. DJZ. 1902 S. 495; auch RG. Bd. 57 S. 338: „die Begriffe ‚Annahme der Erfüllung' (§ 341 BGB.), ‚Annahme als Erfüllung' (§ 363 BGB.) und ‚Abnahme' (§ 640 BGB.) sind gleichbedeutend."

[2]) Planck Bd. 2 S. 380 Anm. 2; Oertmann S. 362, 4; anders Entwurf I „Wegen eines den Wert oder die Tauglichkeit nur in unerheblichem Masse verringernden Mangels kann er — Besteller — die Abnahme nicht verweigern." Dieser Satz wurde jedoch von der zweiten Kommission gestrichen. Bei geringen Fehlern ist aber die Ver-

Wenn der Besteller die Abnahme mit der Behauptung verweigert, das Werk sei nicht vertragsmässig hergestellt, so hat der Lieferant die vertragsmässige Herstellung zu beweisen. Hat der Besteller das Werk abgenommen, so ändert sich die Beweislast. Will er dann die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder unvollständig gewesen sei, insbesondere wenn er Ansprüche wegen Mängel geltend machen will, so trifft ihn die Beweislast (§ 363 BGB.). Die Ansprüche wegen Mängel des Werkes gehen durch die Abnahme nicht verloren. Nur wenn der Besteller bei Abnahme den Mangel kannte,[1]) verliert er diese Ansprüche, sofern er sich dieselben nicht bei der Abnahme vorbehielt (§ 640 Abs. 2 BGB.).

An die Abnahme ist ferner der Gefahrübergang geknüpft (§ 644 BGB.). Im Augenblicke der Abnahme geht die Gefahr auf den Besteller über.

Bei Versendung des Werkes an einen anderen als den Erfüllungsort vollzieht sich der Gefahrübergang bereits mit der Uebergabe an die Versendungsanstalt (§§ 477, 644 Abs. 2 BGB.).

Die Abnahme bewirkt weiter nach § 641 BGB. die Fälligkeit der Vergütung.[2])

Auch der Beginn der Verjährung der Mängelansprüche ist nach § 638 BGB. an sie geknüpft.[3])

Verweigert der Besteller die Abnahme des Werkes, so

---

weigerung der Abnahme unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen (§ 226 BGB.) oder wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst (§ 242 BGB.).

[1]) Dem „Kennen" ist aber das „Kennen müssen" nicht gleichgestellt.

[2]) S. oben § 4.

[3]) S. unten § 9.

kann der Lieferant auf Abnahme klagen.[1]) Behauptet und beweist der Besteller einen vorhandenen Mangel, so wird er nach § 322 BGB. zur Abnahme Zug um Zug verurteilt.

Durch Verweigerung der Abnahme kommt der Besteller aber auch unter bestimmten Voraussetzungen in Verzug. Charakteristisch für diesen Abnahmeverzug ist die Doppelstellung des Bestellers, der dem Lieferanten gegenüber infolge der Uebergabepflicht desselben Gläubiger und zugleich infolge seiner eigenen Abnahmepflicht Schuldner ist. Infolgedessen haben auf den Abnahmeverzug sowohl die Vorschriften über den Gläubigerannahmeverzug wie auch über den Schuldnerleistungsverzug Anwendung zu finden.

Der Besteller kommt in Gläubigerannahmeverzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293 BGB.). Die Leistung muss ihm so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden. Es muss ihm also die bestellte Sache in vertragsmässiger Herstellung am richtigen Orte zur rechten Zeit vollständig angeboten werden. Im allgemeinen ist also Realoblation nötig, um den Besteller in Annahmeverzug zu setzen. Ein wörtliches Angebot genügt nur, wenn der Besteller dem Lieferanten erklärt hat, dass er die Sache nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Bestellers erforderlich ist. In diesem Falle steht dem Angebote die Aufforderung an den Besteller gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen (§ 295 BGB.). Der Lieferant muss zur Zeit des Angebots auch tatsächlich erfüllungsbereit sein

---

[1]) Ebenso Planck Bd. 2 S. 380, 2; Staudinger Bd. 2 S. 469 V, 2; Emerich S. 88; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 328; Oertmann S. 361, 1 und die herrschende Meinung; anders Kohler, JheringsJ. Bd. 17 S. 267, welcher meint „die Annahme der geschuldeten Leistung könne niemals als eine Verpflichtung des Gläubigers aufgefasst werden."

(§ 297 BGB.); der Besteller kommt also nicht in Verzug, wenn der Lieferant zu dieser Zeit ausserstande ist, die Leistung zu bewirken (§ 297 BGB.).

Ist der Besteller zu einer kalendermässig festgesetzten Handlung verpflichtet und unterlässt die Vornahme dieser Handlung, so bedarf es überhaupt keines Angebots; der Verzug wird in diesem Falle durch das Unterlassen der Handlung bewirkt (§ 296 BGB.).

Im allgemeinen ist beim Werklieferungsvertrag ein Zeitpunkt bestimmt, bis zu welchem spätestens der Lieferant das Werk zu übergeben hat. In diesem Falle kann derselbe in der Regel, wenn nichts anderes vereinbart ist, die Leistung bereits vor dem bestimmten Zeitpunkt bewirken (§ 271 BGB.). Es würde nun dem im BGB. herrschenden Prinzip von Treu und Glauben widersprechen, wollte man dem Besteller die Pflicht aufbürden, jederzeit das Werk abzunehmen. In vielen Fällen ist es geradezu unmöglich für den Gläubiger, jederzeit annahmebereit zu sein. Bei der Lieferung von Maschinen wird ja gewöhnlich aus dem Inhalte des Vertrages zu entnehmen sein, dass der Lieferant nicht vor einem gewissen Zeitpunkt liefern darf. Aber auch, wenn eine solche Vereinbarung nicht vorliegt, muss der Lieferant dem Besteller die Lieferung eine angemessene Zeit vorher ankündigen, da ja dieser erst den geeigneten Platz für die Aufstellung schaffen muss. Erfolgt keine Ankündigung, so kommt der Besteller nicht dadurch in Verzug, dass er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist (§ 299 BGB.).

Bei Abnahme des Werkes ist auch die Vergütung zu entrichten (§ 641 BGB.). Der Lieferant ist nur verpflichtet das Werk gegen Leistung derselben zu liefern. Ist der Besteller zwar bereit, die vom Lieferanten angebotene Leistung anzunehmen, bietet aber seinerseits die Gegenleistung nicht

an, so kommt er trotz seiner Annahmebereitschaft in Verzug (§ 298 BGB.). Ein Verschulden des Bestellers ist für den Verzug der Abnahme, soweit Gläubigerverzug vorliegt, nicht nötig (§ 293 BGB.); er kommt auch in Verzug, wenn er unverschuldet infolge von Krankheit oder Abwesenheit die Annahme nicht bewirkt.

Der Besteller hat aber auch eine Verpflichtung zur Abnahme (§ 640 BGB.), bei deren Erfüllung er dem Lieferanten als Schuldner gegenübertritt. Es können also auch die Vorschriften über den Schuldnerverzug auf die Verweigerung der Abnahme Anwendung finden. Der Besteller als Abnahmeverpflichteter kommt durch eine an ihn gerichtete Mahnung des Lieferanten nach Fälligkeit der Leistung in Verzug, wenn die Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unterbleibt (§§ 284, 285 BGB.). Fällig ist die Abnahmeforderung im Sinne des § 284 BGB. nur dann, wenn der Zeitpunkt eingetreten ist, in welchem der Unternehmer nach Inhalt des Vertrags Abnahme verlangen kann, ohne dass dieser Forderung eine Einrede des Bestellers gegenübersteht.[1]) Dieselbe Wirkung, wie die Mahnung hat die Erhebung der Klage auf Abnahme des Werkes.

Eine Mahnung ist nicht erforderlich, wenn die Abnahme kalendermässig bestimmt ist (§ 284 Abs. 2 BGB.).

Beim Werklieferungsvertrag wird oft der Fall eintreten, dass der Lieferant dem Besteller das Werk in seine Wohnung oder an einen bestimmten Platz zu bringen hat. In diesem Falle tritt trotz Mahnung nicht Verzug ein, solange der Lieferant die ihm obliegende Leistung nicht bewirkt (§ 320 Abs. 1 BGB.).

---

[1]) Planck Bd. 2 S. 59, 3.

§ 6.

Rechte des Lieferanten bei Verzug der Abnahme.

Das Handelsgesetzbuch gibt dem Lieferanten im Falle des Abnahmeverzuges des Bestellers besondere Rechte (§§ 373, 381 Abs. 2 HGB.). Neben diesen besonderen Befugnissen aber hat der Besteller nach § 374 HGB. auch noch die ihm nach BGB. zustehenden Rechte. Die Bestimmung des § 373 betrifft nur den Annahmeverzug, also den Gläubigerverzug des Bestellers.[1])

Für den Abnahmeleistungsverzug des Bestellers als Verpflichtung desselben zur Abnahme nach § 640 BGB. finden die Vorschriften des BGB. über den Leistungsverzug ohne Aenderung Anwendung.

I. Verzug der Abnahme als Annahme (Gläubiger)-Verzug.

Die Stellung des Lieferanten, soweit Annahmeverzug in Betracht kommt, beurteilt sich nach den allgemeinen Bestimmungen über den Gläubigerverzug.

1. Der Lieferant hat demnach während des Annahmeverzuges des Bestellers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 300 BGB.).

2. Die Nutzungen, zu deren Herausgabe er verpflichtet ist, hat er nur herauszugeben, soweit er sie tatsächlich gezogen hat (§ 302 BGB.). Er haftet also für schuldhaft nicht gezogene Nutzungen dem Besteller nicht.

3. Der Lieferant kann ferner Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot, sowie für Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen musste (§ 304 BGB.).

---

[1]) Makower S. 1072 IV; Staub II § 373 Einl.; Lehmann-Ring Bd. II S. 98 Nr. 1 u. a.

4. Mit dem Verzug der Annahme vollzieht sich nach § 644 der Gefahrübergang auf den Besteller.

Mit diesen bei dem Verzug des Bestellers dem Lieferanten gewährten Erleichterungen ist diesem aber nicht viel gedient. Denn es ist ihm nicht gestattet, die Sache preiszugeben und sich auf diese Weise derselben zu entledigen. Er hat vielmehr eine Aufbewahrungspflicht, für die er allerdings, da er sie in Ausübung seines Handelsgewerbes leistet, nach § 354 HGB. Lagergeld berechnen kann.

Da nun eine Aufbewahrung dem Lieferanten oft sehr lästig fallen wird, hat ihm das Bürgerliche Gesetzbuch ein allerdings beschränktes Hinterlegungsrecht und Selbsthilfeverkaufsrecht gegeben, das durch § 373 HGB. erweitert wird.

Der Lieferant kann gemäss § 374 HGB. nach seiner Wahl von den ihm in § 373 HGB., wie auch von den ihm in §§ 372 bis 386 BGB. gewährten Rechten Gebrauch machen. Er kann sich also neben dem Rechte der Hinterlegung und des Selbsthilfeverkaufes nach § 373 HGB. auch des Selbsthilfeverkaufes und der Hinterlegung, wie sie das BGB. regelt, bedienen.

A. Hinterlegung.

Das im HGB. § 373 dem Lieferanten gewährte Hinterlegungsrecht unterscheidet sich von dem im BGB. §§ 372 ff. geregelten Hinterlegungsrecht in folgenden einschneidenden Punkten:

1. Nach BGB. § 372 können nur Sachen von ganz bestimmter Art, nämlich Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden, sowie Kostbarkeiten [1] [2]) vom Schuldner hinter-

---

[1]) Eine Ausdehnung des Kreises der hinterlegungsfähigen Sachen durch die Landesgesetzgebung ist möglich (EG. z. BGB. Art. 146). Eine solche wurde jedoch in der Hinterlegungsordnung nicht statuiert.

[2]) Unter Kostbarkeiten versteht man bewegliche Sachen, welche

legt werden. Das HGB. § 373 erklärt jede Ware, also jede bewegliche Sache für hinterlegungsfähig.

2. Als Ort der Hinterlegung bestimmt BGB. §§ 372, 374 die dazu bestimmte[1]) öffentliche Stelle des Leistungsortes. Bei Hinterlegung an einer anderen Stelle hat der Schuldner dem Gläubiger den hieraus entstandenen Schaden zu ersetzen.

Das HGB. § 373 gestattet die Hinterlegung in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst „in sicherer Weise". Die Ware kann also auch bei einer Privatanstalt oder bei einem sonstigen Privatmann, der die Verwahrung nicht geschäftlich betreibt, hinterlegt werden. Die Hinterlegung hat „in sicherer Weise" zu geschehen. Bei Auswahl der Hinterlegungsstelle hat der Lieferant Versatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.[2]) Am Leistungsort muss sich die Hinterlegungsstelle nicht befinden. § 374 Abs. 1 BGB. findet auf das handelsrechtliche Hinterlegungsrecht keine Anwendung; denn diese Vorschrift hat nur die landesgesetzlich bestimmte Hinterlegungsstelle im Auge.

3. Die Kosten der Hinterlegung hat nach § 373 HGB. der Besteller zu tragen. Hiebei ist es im Gegensatz zu § 381 BGB. gleichgültig, ob der Lieferant die hinterlegte Sache zurücknimmt oder nicht. Dass das Handelsrecht diesen

---

im Verhältnis zur Kleinheit ihres Rauminhaltes einen grossen Wert repräsentieren.

[1]) Die Bestimmung erfolgt durch Landesgesetzgebung. Für Bayern vgl. HO. und AG. z. BGB. § 167 XXII.

[2]) Das bedeuten die Worte „in sicherer Weise", ebenso Düringer Hachenburg Bd. III S. 213 III b; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 101 Nr. 15; anderer Meinung Makower S. 1082 XIII „bei Auswahl des Verwahrers haftet der Verkäufer für grobe Fahrlässigkeit und Arglist". Diese Ansicht ist jedoch irrig. Das Gesetz verlangt Hinterlegung „in sicherer Weise". Dadurch wird bei Auswahl des Verwahrers die sonst während des Annahmeverzuges des Bestellers sich nur auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkende Haftung des Lieferanten (§ 300 I BGB.) erhöht.

Unterschied nicht macht, kommt daher, dass nach § 354 HGB. der Lieferant, auch wenn er die Ware nicht hinterlegt, Lagergeld für eigene Verwahrung fordern kann.

Die Hinterlegung erfolgt nach § 373 HGB. auf Gefahr des Bestellers. Die Gefahr an sich geht nach § 644 BGB. mit dem Verzug der Annahme auf den Besteller über. In § 373 HGB. ist nur die Gefahr der Hinterlegung gemeint.[1])

Im übrigen sind für das dem Lieferanten nach HGB. und BGB. eingeräumte Hinterlegungsrecht die Vorschriften des BGB. §§ 371 bis 381 anwendbar, soweit nicht § 373 HGB. anderes bestimmt. Dies ergibt sich aus EG. zum HGB. Art. 2 Abs. 1.[2]) Es hat demnach der Lieferant, mag er das Hinterlegungsrecht nach BGB. oder nach HGB. ausüben, dem Besteller die Hinterlegung, wenn die Anzeige nicht untunlich ist, unverzüglich anzuzeigen (§ 374 BGB.).[3])

B. Der Selbsthilfe-Verkauf.

Das dem Lieferanten durch HGB. § 373 gewährte Selbsthilfeverkaufsrecht unterscheidet sich von dem des BGB. §§ 383 ff. in erster Linie dadurch, dass der Lieferant das

[1]) Ebenso Staub Bd. 2 S. 1263 Anm. 23; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 101 Nr. 15; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 213 IVa; anderer Meinung Makower S. 1081 XI, welcher irrtümlich den Gesetzestext „auf Gefahr" dahin deutet, dass spätestens durch die Hinterlegung die Gefahr übergehe.

[2]) Ebenso Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 214 c.

[3]) Anders Staub Bd. 2 S. 1263 Anm. 23; Makower S. 1082, 13; Sonnenbrodt S. 21; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 102 Nr. 15, welche auf Grund der Ansicht, dass Bürgerliches Gesetzbuch §§ 372—382 auf die Hinterlegung des Handelsgesetzbuches nicht anwendbar seien, zum entgegengesetzten Resultate gelangen. Begründet ist diese Ansicht jedoch nirgends. Den Worten Sonnenbrodts S. 21: „Eine solche Benachrichtigung ist unnötig; der in Verzug versetzte Besteller mag sich erkundigen, was aus der Sache geworden ist" setze ich die Frage gegenüber: warum ist dann nach Bürgerlichem Gesetzbuch eine Anzeige nötig? Hier kann sich der Besteller doch viel leichter erkundigen, weil die öffentliche Hinterlegungsstelle eine ganz bestimmte ist.

handelsrechtliche Selbsthilfeverkaufsrecht primär ausüben kann, während dasjenige des BGB. nur subsidiäre Bedeutung hat. Das BGB. § 383 gibt nämlich dem Lieferanten nur das Recht des Selbsthilfeverkaufes für den Fall, dass sich die geschuldete Sache nicht zur Hinterlegung eignet, zu dem Zwecke, anstatt der nicht hinterlegungsfähigen Sache den Erlös zu hinterlegen.

Nach § 373 HGB. dagegen kommt es nicht darauf an, ob die geschuldete Sache zur Hinterlegung geeignet ist oder nicht. Der Lieferant kann vielmehr ganz nach seinem Belieben die Rechte der Hinterlegung oder des Selbsthilfeverkaufes ausüben. Er kann auch von beiden Rechten gleichzeitig Gebrauch machen, indem er zuerst die Sache hinterlegt und später zum Selbsthilfeverkauf schreitet.

Der Selbsthilfeverkauf des Handelsgesetzbuches erfolgt nicht zum Zwecke der Hinterlegung, sondern zum Zwecke der Erfüllung. Der Werklieferant, dem infolge der Nichtabnahme des Werkes durch den Besteller vertragsgemässe Erfüllung nicht möglich ist, erfüllt durch den Erlös des Selbsthilfeverkaufs. Die Sachforderung des Bestellers verwandelt sich somit in eine Geldforderung. Gegen diese kann der Lieferant dann seine eigenen Forderungen, soweit dieselben fällig sind, gemäss § 387 BGB. aufrechnen und den allenfallsigen Rest dem Besteller gutbringen.

Im übrigen vollzieht sich der Selbsthilfeverkauf nach BGB. und HGB. im wesentlichen nach denselben Grundsätzen. Er erfolgt in der Form der öffentlichen Versteigerung, bei der Lieferant und Besteller mitbieten können. Dagegen können der zur Vornahme oder Leitung des Selbsthilfeverkaufs Beauftragte und die von ihm zugezogenen Gehilfen, zu welchen auch der Protokollführer zu rechnen ist, die Sache weder persönlich oder durch einen anderen für sich selbst noch als Vertreter eines anderen ersteigern

(§§ 456, 457 mit 651 BGB.). Die Wirkung der Ausseracht-lassung dieser Bestimmung erstreckt sich nach § 458 BGB. sowohl auf den obligatorischen wie auf den dinglichen Ver-trag.[1]) Der Kauf ist jedoch nicht absolut nichtig. Die Wirk-samkeit desselben hängt vielmehr von der Zustimmung der bei dem Verkaufe als Schuldner, Eigentümer oder Gläubiger Beteiligten ab. Es ist also lediglich der Käufer an sein Angebot gebunden, die Beteiligten aber berechtigt, dasselbe zu verwerfen und ihn wegen des Mindererlöses, sowie wegen der Kosten des neuen Termines zur Verantwortung zu ziehen.[2]) Hat die Ware einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Lieferant den Verkauf auch aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handels-mäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung be-fugte Person zum laufenden Preis bewirken (§ 373 HGB., § 385 BGB.).[3]) Auch hier gilt §§ 456, 457, 458 BGB.

Der Ort des Selbsthilfeverkaufs ist nach BGB. § 383 der Leistungsort, und nur wenn dort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten ist, ein anderer geeigneter Ort. Der § 373 HGB. bestimmt keinen Ort der Versteigerung. Bezüglich der Wahl desselben hat aber der Lieferant bona fide zu handeln, da ja der Verkauf auf Rechnung des Be-stellers geschieht. Als Ort der Versteigerung hat auch hier im allgemeinen der Leistungsort zu gelten; es kann jedoch mit Rücksicht auf die konkreten Verhältnisse auch ein anderer Ort in Betracht kommen.

Der Selbsthilfeverkauf nach HGB. erfolgt auf Rech-nung des Bestellers,[4]) während dies bei dem Verkauf

[1]) Motive Bd. 2 S. 332.

[2]) Protokolle Bd. 2 S. 75.

[3]) Diese Bestimmung ist für den Werklieferungsvertrag einer nicht vertretenen Sache bedeutungslos, weil Waren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, stets vertretbar sind.

[4]) Dieser würde auch einen durch die Versteigerung sich er-

nach BGB. § 383 nicht der Fall ist.[1]) Der Selbsthilfeverkauf sowohl nach BGB. wie nach HGB. muss vom Lieferanten dem Besteller vorher angedroht werden, es sei denn, dass die Sache dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist (§ 373 Abs. 2 HGB., § 384 BGB.), oder dass die Androhung aus anderen Gründen untunlich ist. Zeit und Ort der Versteigerung sind nach BGB. § 383 öffentlich bekannt zu machen; einer persönlichen vorherigen Benachrichtigung des Bestellers bedarf es nicht; nach HGB. dagegen ist dieselbe nötig (§ 373 Abs. 5 HGB.). Von dem vollzogenen Selbsthilfeverkauf muss der Besteller unverzüglich benachrichtigt werden, wenn die Benachrichtigung nicht untunlich ist (§ 384 BGB., § 373 Abs. 5 HGB.). Unterlässt der Lieferant die Benachrichtigung, so ist er dem Besteller zum Schadensersatz verpflichtet (§ 373 Abs. 5 HGB., § 384 Abs. 2 BGB.).

Der Verzug der Annahme im Sinne des § 373 HGB. liegt nur vor, wenn das Werk fertiggestellt ist. Denn nur in diesem Falle kann man von einer Annahme der „Ware" sprechen.[2]) Der „Ware" des auf den Kauf zugeschnittenen § 373 HGB. entspricht eben das zur Abnahme fertige Werk beim Werklieferungsvertrag, in dessen Veräusserung ja gerade seine Aehnlichkeit mit dem Kauf besteht. Nur dann befindet sich der Besteller im Verzug der

---

gebenden Ueberschuss erhalten. Ein Verstoss gegen die besonderen Vorschriften des § 373 Abs. 2 d. HGB., besonders die Unterlassung der Androhung, hat zur Folge, dass der Selbsthilfeverkauf nicht als für Rechnung des säumigen Bestellers erfolgt anzusehen ist; ebenso Makower S. 1083; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 222 VIII und die herrschende Meinung; RG. 30. 9. 1904, JW. 1904 S. 560.

[1]) So wenigstens Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 326, 3; Staub Bd. II S. 1269 Anm. 3; anderer Meinung Makower S. 1094, welcher annimmt, dass auch der Selbsthilfeverkauf des Bürgerlichen Gesetzbuches auf Rechnung des Gläubigers erfolgt; ebenso übrigens Motive Bd. 2 S. 102.

[2]) Vgl. RG. Bd. 53 S. 223.

Annahme im Sinne des § 373 HGB., wenn der Lieferant erfüllungsbereit ist, d. h. wenn er über das fertiggestellte Werk, mag es nun in seinem Besitze oder in dem Besitze eines Dritten sein, zugunsten des Bestellers verfügen kann.[1]) Derjenige Verzug der Annahme, in welchen der Besteller nicht durch Verweigerung der Abnahme, sondern durch Unterlassung einer zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung gerät, gehört nicht hieher und wird in dem folgenden Paragraphen gesondert behandelt werden.[2])

Für den Fall aber, dass sich der Besteller durch die Verweigerung der Abnahme im Annahmeverzug befindet, scheint mir die Anwendbarkeit der §§ 373, 374 HGB. sehr zweckmässig. Es entspricht nur der Billigkeit, wenn man dem Lieferanten als Kaufmann ebenso wie dem Verkäufer das Recht einräumt, sich des fertigen Werkes durch Hinterlegung zu entledigen, ein Rechtsbehelf, der nach Bürgerlichem Recht nur für Kostbarkeiten beim Werklieferungsvertrag Bedeutung hätte. Auch der Selbsthilfeverkauf erscheint mir von praktischem Vorteil. Nimmt der Besteller das Werk nicht ab, so widerspricht es nicht den Grundsätzen von Treu und Glauben, wenn der Lieferant dasselbe nach der gesetzlich vorgeschriebenen vorherigen Androhung versteigern lässt. Es mag zwar richtig sein, dass der Erlös im allgemeinen im Verhältnis zum wirklichen Wert der Sache gering ist. Immerhin aber kann der Lieferant sich damit wenigstens für einen Teil seiner Preisforderung schadlos halten. Uebrigens kann ja auch der Besteller bei der Versteigerung mitbieten. Macht er von diesem Rechte Gebrauch

[1]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 333 IV 1.

[2]) Anders Emerich S. 97 ff.; Sonnenbrodt S. 25 ff., welche die beiden Fälle des Annahmeverzuges durch Verweigerung der Abnahme und durch Unterlassung einer zur Herstellung erforderlichen Handlung miteinander verbinden und so zu ganz verwickelten unpraktischen Ergebnissen kommen.

und ersteigert die Sache, so verteuert sich der Preis des Werkes für ihn lediglich um die Kosten der Versteigerung. Auf diese Weise kann er auch verhindern, dass die Ware zu Schleuderpreis an den Mann gebracht wird. Die Ausdehnung des § 373 HGB. auf den Werklieferungsvertrag kann demnach nicht als unzweckmässig bezeichnet werden.

II. Abnahme-Leistungsverzug.

Die Stellung des Lieferanten bei Schuldnerverzug des die Abnahme verweigernden Bestellers bestimmt sich nach §§ 286, 287, 288, 289, 290 BGB., § 352 HGB.

Ob § 326 BGB. auf den Abnahmeverzug Anwendung findet, ist bestritten. § 326 BGB. ist nur dann anwendbar, wenn die Leistung, mit welcher der Schuldner in Verzug ist, die Hauptleistung ist, nicht aber, wenn es sich nur um eine Nebenleistung handelt.[1]) Dies geht klar aus dem Gesetz hervor, wenn man die §§ 323 ff. BGB. betrachtet; in diesen ist der „dem einen Teil obliegenden Leistung" stets die „Gegenleistung" gegenübergestellt. § 326 Abs. 1 BGB. handelt also nur von dem Verzug der Hauptleistung des einen Teils, welche die Gegenleistung für die Leistung des anderen Teiles bildet. Es kommt also darauf an, ob die Abnahme beim Werklieferungsvertrag eine Hauptleistung oder eine Nebenleistung des Bestellers bildet. Die Abnahme ist nicht das Aequivalent für die Leistung des Lieferanten. Aber eben nur dieses bildet die Hauptleistung des Schuldners. Der § 326 BGB. kann also nur auf den Fall Anwendung finden, dass der Besteller mit der Vergütung in Verzug ist. Die Abnahme ist, wenigstens in der Regel, nur eine Nebenverpflichtung. Sie ist kein essentiale negotii, sondern nur ein naturale,[2]) welches durch Vereinbarung der Parteien

[1]) RG. Bd. 53 S. 161 ff.

[2]) Motive Bd. 2 S. 318; Protokolle Bd. 2 S. 53.

ausgeschlossen werden kann. Sehr treffend führt das Reichsgericht aus, dass es doch nichts an der Art des Vertrages ändern könne, wenn von den Parteien bei Vertragsabschluss vereinbart würde, dem Lieferanten stehe — unbeschadet seines Rechtes auf Zahlung des Kaufpreises und den damit verknüpften weiteren Rechten — bei Verzug der Abnahme nur die Befugnis zum Selbsthilfeverkauf aus §§ 383 ff. BGB., § 373 HGB. zu.[1]) Wenn aber die Abnahme nur eine Nebenverpflichtung des Bestellers ist, so stehen dem Lieferanten bei Abnahmeschuldnerverzug nicht die sich aus § 326 Abs. 1 BGB. ergebenden Rechte zu.[2]) Er kann vielmehr lediglich die Rechte des § 286 BGB. geltend machen. Der Besteller hat also nur den durch den Verzug der Ab-

[1]) RG. Bd. 57 S. 111.

[2]) Ebenso RG. Bd. 57 S. 106 ff., Bd. 53 S. 161 ff.; ferner Staub Bd. 2 S. 1310 Anm. 145; Staudinger Bd. 2 S. 17 c; anderer Meinung Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 334, 1, S. 108 ff.; Endemann Bd. 1 S. 938 Anm. 24; Makower S. 1118 c; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 115 Nr. 5; Cosack, Bürgl. Recht Bd. 1 S. 454, 3 u. a. Die Begründung dieser Schriftsteller, dass nach § 433 Abs. 2 BGB. die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises und zur Abnahme eine einheitliche sei und zusammen die Gegenleistung darstelle, und dass beide Pflichten als gleichberechtigt nebeneinander gestellt seien, ist nicht richtig. Dies geht daraus hervor, dass die Pflicht zu Preiszahlung ein essentiale, die zur Abnahme ein naturale negotii bildet, wie oben ausgeführt ist. Die Abnahmepflicht ist nur eine Wirkung des Kaufvertrags, die ihm in der Regel, mangels abweichender Vereinbarung, zukommt.

Das aus § 433 Abs. 2 BGB. abgeleitete Argument für Anwendung des § 326 Abs. 1 BGB. entfällt beim Werklieferungsvertrag schon deshalb, weil nach § 651 BGB. der § 433 Abs. 2 BGB. keine Geltung hat, sondern an dessen Stelle die §§ 631, 640 BGB. treten. Hier geht aus dem Wortlaut des Gesetzes deutlich hervor, dass die Hauptleistung des Bestellers die Vergütung ist. Nur diese eine Verpflichtung ist in dem § 631 BGB., der das Wesen des Werkvertrags festlegt, aufgenommen. Die Abnahmeverpflichtung statuiert § 640 BGB.; aus dieser gesonderten Formulierung dieser Verpflichtung und ihrer Nichtaufnahme in den § 631 BGB. ist zu schliessen, dass sie kein essentiale sondern nur ein naturale des Vertrages ist und sich somit nur als Nebenverpflichtung darstellt.

nahme dem Lieferanten erwachsenen Schaden zu ersetzen. Dagegen stehen dem Lieferanten nicht die Rechte des § 326 zu, er kann also weder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, noch vom Vertrag zurücktreten.

Allerdings kann sich in manchen Fällen aus der Natur oder aus einer ausdrücklichen Bestimmung des Vertrages ergeben, dass die Abnahme-Verpflichtung ein Teil der dem Schuldner obliegenden Hauptleistung bildet. In diesem Falle stehen der Anwendung des § 326 BGB. keine Bedenken entgegen.[1])

Oft ist in der Verweigerung der Abnahme zugleich eine Zahlungsverweigerung enthalten. Erklärungen des Bestellers: „Er anulliere den Vertrag", „er trete vom Vertrag zurück" und ähnliche Aeusserungen, welche ein Sichlossagen des Bestellers vom Vertrage bedeuten und eine auf einer derartigen Erklärung fussende Abnahmeverweigerung ist der Zahlungsverweigerung gleichzustellen. Ein solches Sichlossagen des Bestellers macht auch eine Mahnung und Fristsetzung überflüssig;[2]) vielmehr kann in diesem Falle der Lieferant sofort die Rechte aus § 326 Abs. 1 BGB., da ja der Besteller gleichzeitig mit der Hauptleistung in Verzug ist, geltend machen. Er hat also das dreifache Wahlrecht:

1. auf Erfüllung nebst Schadensersatz des durch den Verzug entstandenen Schadens,
2. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung,
3. vom Vertrage zurückzutreten.

---

[1]) RG. Bd. 57 S. 112.

[2]) Staudinger Bd. 2 S. 160, 4d; Niedner in d. DJZ. 1901 S. 443; RG. Bd. 57 S. 112 f., Bd. 51 S. 347; anderer Meinung Staub Bd. 2 S. 1292 Anm. 75 mit der Begründung „auch denjenigen Käufer, der sich weigert, zu erfüllen, soll durch jene Fristbestimmung nochmals vorgehalten werden, welche schweren Folgen aus seinem vertragswidrigen Verhalten gezogen werden sollen" vgl. auch Staub in d. DJZ. 1901 S. 478.

Die Mitwirkung des Bestellers und die Folgen der Unterlassung.

§ 7.

Der Beginn des Werkes oder die Vollendung desselben ist in vielen Fällen von der Vornahme einer Handlung des Bestellers abhängig. Es kann z. B. erforderlich sein, dass derselbe dem Lieferanten einen Raum zur Verfügung stellt, oder dass er, wenn das Werk nach einem bestimmten Plan gearbeitet werden soll, diesen mitteilt, oder dass er sich selbst einfindet, wie dies beim Photographieren beispielsweise nötig ist.

Durch Unterlassen einer derartigen zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung des Bestellers oder durch verspätete Vornahme derselben kommt der Besteller, wenn die Voraussetzungen für den Gläubigerverzug gegeben sind, in Annahmeverzug gemäss §§ 293 ff. BGB.[1]) Schuldnerverzug aber liegt im allgemeinen nicht vor. Das BGB. hat zwar dem Besteller die Pflicht zur Abnahme der fertigen Sache auferlegt; eine Pflicht zur Vornahme einer zur Herstellung erforderlichen Handlung lässt sich aber nicht konstruieren. Es wird zwar durch Unterlassung der zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung die Abnahme verhindert, aber die Abnahmepflicht entsteht eben erst mit Vollendung des Werkes; denn vor diesem Zeitpunkt steht es ja im Belieben des Schuldners, durch Gebrauchmachung von seinem ihm nach § 649 BGB. zustehenden Kündigungsrecht die Abnahmepflicht nicht zum Entstehen gelangen zu lassen. Hieraus ergibt sich von selbst, dass, weil Gläubiger-

[1]) Ebenso Endemann Bd. 1 S. 1108 Anm. 3; Planck Bd. 2 S. 382, 1 c; Oertmann S. 365 u. a.

verzug vorliegt, die Anwendung des § 326 BGB. ausgeschlossen ist.[1])

Die Rechtsbehelfe des Gläubigerverzugs genügen jedoch nicht zum Schutze des Lieferanten. Der Besteller kann ihm nicht zumuten, sich auf unbestimmbare Zeit zur Ausführung des Werkes bereit zu halten. Der Lieferant ist, da er jederzeit mit der Vornahme der in Frage stehenden Handlung durch den Besteller rechnen muss, in der Verfügung über seine Arbeit und seine Produktionsmittel beschränkt, da er dieselben zur Wiederinangriffnahme des begonnenen Werkes bereithalten muss. Von diesem Gesichtspunkte aus[2]) hat das Gesetz dem Lieferanten die Rechte der §§ 642, 643, 645 BGB. eingeräumt. Hienach kann der Lieferant von dem Besteller eine angemessene Entschädigung verlangen. Je länger der Verzug dauert und je höher die Vergütung bemessen ist, um so grösser ist die Entschädigungssumme. Anderseits vermindert sich dieselbe durch die Ersparnisse an Aufwendungen des Lieferanten während des Verzugs und durch das, was er bei anderweitiger Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben konnte. Im übrigen ist es dem richterlichen Ermessen überlassen, die Höhe der Entschädigung bestimmen.[3])

---

[1]) Auch R G. Bd. 53 S. 224 kommt zu diesem Resultat, indem es ausführt, das Gesetz habe in Rücksicht auf den Annahmeverzug des Bestellers bei nicht vollendetem Werke in den §§ 642, 643, 645 BGB. besondere Bestimmungen getroffen und damit gezeigt, dass für diesen Fall die Anwendung des § 326 ausgeschlossen sein soll.

[2]) Protokolle Bd. 2 S. 328 f.

[3]) Ebenso Staudinger Bd. 2 S. 472 b, a; Planck Bd. 2 S. 383, 3 Riezler S. 140; anders Oertmann S. 364, 5 a, welcher mittelst der rechnerischen Formel $\frac{\text{Verzug}}{\text{normale Herstellungszeit}} = \frac{\text{Entschädigung}}{\text{Vergütung}}$ die Entschädigung berechnet. Meiner Ansicht nach, will aber das Gesetz dem Richter nur die Grundlage geben, auf welcher er nach freiem Ermessen, ohne an eine rein rechnerische Formel gebunden zu sein, über die Höhe der Entschädigung im Einzelfalle zu entscheiden hat.

Neben diesem Entschädigungsanspruch gewährt § 643 BGB. dem Lieferanten ein Mittel, sich überhaupt von der Lieferung zu befreien. Er kann nämlich auch dem Besteller zur Nachholung der säumigen Handlung eine angemessene Frist bestimmen mit der Erklärung, dass er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablaufe der Frist vorgenommen werde. Erfolgt bis dahin die Nachholung der Handlung nicht, so gilt der Vertrag als vom Tage des Fristablaufs an in bezug auf seine zukünftigen Wirkungen aufgehoben. Für die bereits geleistete Arbeit kann der Lieferant einen entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen (§ 645 Satz 2 u. 3 BGB). Dieselben Ansprüche hat der Unternehmer auch, wenn das Werk vor Abnahme infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist, ohne dass ein Umstand hiebei mitgewirkt hat, welchen er selbst zu vertreten hat (§ 645 Abs. 1 BGB.). Liegt ein Verschulden des Bestellers vor, so gehen die Ansprüche des Lieferanten weiter (§ 645 Abs. 2 BGB.). Es kommen dann die allgemeinen Vorschriften, insbesondere § 324 und eventuell die §§ 823 ff. BGB. in Betracht.

Während nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Pflicht des Bestellers zur Vornahme einer zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung nicht besteht, bestimmt §§ 381 Abs. 2, 375 HGB., dass derselbe, wenn ihm die nähere Bestimmung über Form, Mass und ähnliche Verhältnisse vorbehalten ist, verpflichtet ist, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen. Unterlässt er es, die Bestimmung zu treffen, so kommt er, da ja eine Verpflichtung hiezu für ihn vorliegt, in Leistungsverzug. Der § 375 HGB. normiert nur einen Spezialfall der Unterlassung einer zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung des Bestellers, während die

Bestimmungen des BGB. in § 642, 643, 645 auch beim Unterlassen anderer nicht unter HGB. § 375 fallender, zur Herstellung des Werkes notwendiger Handlungen des Bestellers (z. B. das Zurverfügungstellen der eigenen Person beim Photographieren) platzgreifen.

Es fragt sich nun, ob die Vorschrift des HGB. in § 375 auf den Werklieferungsvertrag nicht vertretbarer Sachen anwendbar ist.

Düringer-Hachenburg[1]) steht auf dem Standpunkt, dass unter § 375 HGB. nur ein Genuskauf und dem entsprechend der Lieferungsvertrag vertretbarer Sachen, nicht aber der Werklieferungsvertrag nicht vertretbarer Sachen fallen könne. Er muss selbst zugeben, dass der Wortlaut des Gesetzes seine Ansicht nicht stützt. Zur Begründung führt er aus, der im § 381 Abs. 2 HGB. erwähnte Vertrag sei identisch mit dem Kaufe des § 375 HGB., wo in dem Regelfalle die Ware erst nach Massgabe der Bestimmung über Mass, Form etc. hergestellt werden könne; beides seien Verträge nach § 651 Abs. 1 Satz 2 BGB. Wenn aber diese ohnehin unter § 375 fielen, so wäre § 381 Abs. 2 HGB. überflüssig gewesen.

Dieser Beweis krankt aber daran, dass er sich auf einer unrichtigen Basis aufbaut. Der Regelfall des § 375 ist nämlich nicht ein Vertrag nach § 651 Abs. 1 Satz 2 BGB., sondern vielmehr ein Lieferungsvertrag vertretbarer Sachen, die also nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Beispiele für diesen Regelfall sind: Bestellung eines Zentners Schokolade von einer Fabrik unter Vorbehalt der Packung oder der Grösse der einzelnen Tafeln, die Bestellung von 1000 Paar Handschuhen unter späterer Bezeichnung der Grössennummern, von Eisen unter Vorbehalt der Bestimmung

---

[1]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 334, 2, S. 233 c.

der Form, von Garn, dessen Stärke später spezifiziert wird. Alles das sind doch ganz zweifelsohne vertretbare Sachen, die oft erst nach Vornahme der Bestimmung angefertigt werden können, weil in vielen Betrieben wegen Mangel an Lagerräumen und zu grosser Kostspieligkeit nicht auf Vorrat gearbeitet werden kann. Die Verträge über Lieferung dieser Waren fallen unter § 375 HGB., aber keineswegs unter § 381 Abs. 2 HGB. Sie bilden den Regelfall des § 375 HGB., dem jedoch § 381 Abs. 2 HGB. ausdrücklich auch den Werklieferungsvertrag einer nicht vertretbaren Sache unterstellt hat.

Es ist nicht einzusehen, warum § 375 HGB. auf den Werklieferungsvertrag einer nicht vertretbaren Sache nicht anwendbar sein soll. Ohne nähere Begründung behauptet Sonnenbrodt,[1]) der § 375 könne, da der Spezifikationskauf begriffsmässig nur vertretbare Sachen zum Gegenstand habe, nicht auf den Werklieferungsvertrag nicht vertretbarer Sachen angewendet werden. Der Wortlaut des Gesetzes lässt nicht erkennen, dass der § 375 nur auf vertretbare Sachen zugeschnitten sei. Klar und deutlich geht aber aus § 381 Abs. 2 HGB. hervor, dass er auch für nicht vertretbare Sachen Geltung beansprucht.[2])

Wenn aber auch der § 375 in der Theorie auf den Werklieferungsvertrag anwendbar ist, wird er doch für diesen Fall äusserst selten in der Praxis zur Anwendung kommen. Denn der Vorbehalt einer näheren Bestimmung über Form, Mass oder ähnliche Verhältnisse kommt beim Werklieferungsvertrag einer nicht vertretbaren Sache in den seltensten Fällen vor. Denkbar aber ist ein solcher immerhin. Man denke an den Fall, dass jemand ein Dutzend Photographien seiner Person — gewiss eine nicht vertretbare Sache — bestellt

[1]) Sonnenbrodt S. 36.

[2]) Ebenso Makower S. 1146 II; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 186 Nr. 5, S. 109 Nr. 3.

und sich die Bezeichnung der Art der Ausführung, ob zu den Abzügen Celloïdin-, Albumin-, Bromsilberpapier oder irgend eine andere Papierart verwendet werden soll, vorbehält. Aus welchem Grund soll auf einen solchen Fall die Anwendung des § 375 HGB. ausgeschlossen sein?

Was das Anwendungsgebiet des § 375 HGB. betrifft, so ist klar, dass derselbe nicht nur auf zweiseitige Handelsgeschäfte,[1]) sondern auch auf einseitige anzuwenden ist.

Man kann zwei Fälle seiner Anwendbarkeit unterscheiden:

1. Es ist die Qualität der zu fertigenden Sache bestimmt; der Besteller hat sich eine nähere Bestimmung über Mass oder Form vorbehalten. Z. B. bei Bestellung von Visitenkarten oder Plakaten nach bestimmtem Entwurf unter Vorbehalt der Grösse.

2. Der Besteller hat sich die nähere Bestimmung der Qualität des Stoffes vorbehalten. Z. B. bei Photographien die Art des Papieres.

Unterlässt der Besteller die rechtzeitige Vornahme der Bestimmung, so kommt er, da er hiezu verpflichtet ist, neben dem Gläubigerverzug auch noch, wenn ein Verschulden desselben vorliegt, in Leistungsverzug. Diesen als eine Art des Abnahmeverzugs[2]) zu bezeichnen, ist jedoch verfehlt. Der Besteller vereitelt zwar, wenn er die vorbehaltene Bestimmung nicht trifft, die Fertigstellung der Ware und damit die Abnahme derselben; dennoch aber fällt der Bestimmungsverzug nicht mit dem Abnahmeverzug zusammen. Eine Abnahme, die wir oben als „Annahme als Erfüllung“

---

[1]) So Staudinger Bd. 2 S. 472, 2.

[2]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 233, 2; Staub Bd. 2 S. 1312 Anm. 2; Tränkner in ‚Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch“ S. 340 d.

definierten, kann doch sinngemäss nur bei fertiggestelltem Werke vorliegen.[1])

Die Abnahmepflicht und der ihr entsprechende Abnahmeverzug tritt, wie oben dargelegt,[2]) mit Vollendung des Werkes ein, der Bestimmungsverzug jedoch schon in einem früheren Zeitpunkt.

Die Bestimmungspflicht ist also kein Teil der Abnahmepflicht, sondern eine selbständige neben dieser dem Besteller auferlegte Vertragspflicht. Wenn auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Besteller im allgemeinen nicht zur Vornahme einer zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung verpflichtet ist, und durch Unterlassung einer solchen nur in Gläubigerverzug kommt, so ist es gleichwohl denkbar, dass auch bei einem Werklieferungsvertrage, der nicht dem Handelsrecht untersteht, infolge der Eigenart des Vertrags oder besonderer Vereinbarung der Kontrahenten dem Besteller die Verpflichtung obliegt, die Handlung vorzunehmen, so dass er durch deren Unterlassung in Schuldnerverzug gerät. Dadurch aber findet die Vorschrift des § 375 HGB. im Rahmen der allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches ihre volle Rechtfertigung, ohne dass man die Bestimmungspflicht als zur Abnahmeverpflichtung gehörig betrachten muss.[3])

Die dem Lieferanten durch § 375 HGB. gewährten Rechte sind:

1. Er kann selbst statt des Bestellers die Bestimmung vornehmen,

2. er kann nach § 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder

3. vom Vertrage zurücktreten.

---

[1]) RG. Bd. 53 S. 223, Bd. 56 S. 176; Makower S. 1144 c; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 110, Fussnote 1.

[2]) Vgl. S. 35.

[3]) RG. Bd. 57 S. 109 f., Bd. 56 S. 176.

Macht der Lieferant von dem Rechte der Selbstvornahme der Bestimmung Gebrauch, so hat er die von ihm getroffene Bestimmung dem Besteller mitzuteilen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Selbstvornahme einer anderweitigen Bestimmung zu setzen. Nach Ablauf dieser Frist ohne Bestimmungsvornahme durch den Besteller ist die von dem Lieferanten getroffene Bestimmung massgebend. Diese Regelung bezweckt möglichste Schonung der Rechte des Bestellers[1]) unter Wahrung der Interessen des Lieferanten. Denn dadurch, dass die Bestimmung des Lieferanten erst nach Ablauf einer Frist massgebend wird, ist dem Besteller die Möglichkeit gegeben, noch eine andere Bestimmung zu treffen; zugleich aber ist dem Interesse des Lieferanten dadurch gedient, dass nach Ablauf der Frist der Schwebezustand endgültig beseitigt ist.

Will der Besteller sein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder sein Rücktrittsrecht vom Vertrage geltend machen, so muss er nach § 375 Abs. 2 HGB., § 326 BGB. dem Besteller gleichfalls eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, dass er nach Ablauf der Frist die Annahme der Bestimmung ablehne. Dieser Fristsetzung bedarf es nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Bestimmungsverzuges für ihn kein Interesse mehr hat. Hat der Besteller innerhalb dieser Frist die Bestimmung nicht getroffen, so ist der Anspruch des Lieferanten auf Vornahme derselben ausgeschlossen.

Selbstverständlich kann der Lieferant auf Vornahme der Bestimmung klagen.[2]) Das Urteil wird dann gemäss § 888

---

[1]) Hahn, Materialien S. 374.

[2]) Ebenso Staub Bd. 2 S. 1213 Anm. 5; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 233 f.; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 110 Nr. 9; RG. Bd. 26 S. 216; anderer Meinung Makower S. 1145 c; OLG. Dresden im Recht 1902 S. 79 Nr. 380.

CPO. vollstreckt, da sich die Bestimmungsvornahme als eine nicht vertretbare Handlung darstellt, welche ausser von dem Schuldner auch noch von dem Lieferanten, jedoch von keinem Dritten vorgenommen werden kann.[1])

Da der Bestimmungsvorbehalt des Bestellers nicht nur eine Verpflichtung sondern auch ein Recht desselben zur Bestimmungsvornahme begründet, so entsteht durch Unterlassung derselben nicht nur Schuldnerverzug, sondern auch Annahmeverzug des Bestellers. Trotzdem aber steht dem Lieferanten das Recht des Selbsthilfeverkaufs nicht zu. Die Denkschrift hält zwar dasselbe für zulässig, und auch das Reichs-Oberhandelsgericht[2]) und das Reichsgericht[3]) hat dem Lieferanten dasselbe zugebilligt, indem sie davon ausgingen, dass der Stoff, nicht die herzustellende Sache, der Vertragsgegenstand sei.[4])

In diesen Entscheidungen handelt es sich jedoch lediglich um vertretbare Sachen, bei welchen der Stoff eine viel grössere Rolle spielt, während die zur Herstellung erforderliche Arbeit in den Hintergrund tritt. Bei einer nicht vertretbaren Sache kann man keinesfalls den Stoff als Gegenstand des Vertrags annehmen. Dieser ist vielmehr das fertige Werk. Wenn man aber das fertige Werk als Vertragsgegenstand betrachtet, so ist, abgesehen davon, dass der Stoffverkauf bei nicht vertretbaren Sachen kein praktisches Resultat zeitigt, weil der Hauptwert der Sache gewöhnlich in

---

[1]) RG. Bd. 29 S. 19; Düringer-Hachenburg III S. 235a; anderer Ansicht Lehmann-Ring Bd. 2 S. 110 Nr. 9; Staub Bd. 2 S. 1312 Anm. 5, welcher ausführt, die Zwangsvollstreckung erfolge nach § 887 CPO.; denn die Handlung könne, da ja der Lieferant die Bestimmung unter Umständen selbst treffen dürfe, auch von einem Dritten vorgenommen werden.

[2]) ROHG. Bd. 22 S. 5.

[3]) RG. Bd. 10 S. 95.

[4]) Ebenso Staub Bd. 2 S. 1314 Anm. 16.

der Stoffverarbeitung liegt, der Selbsthilfeverkauf schon deshalb unsulässig, weil § 373 HGB., wie oben am Schlusse des vorhergehenden Paragraphen ausgeführt wurde,[1]) nur dann Anwendung finden kann, wenn der Besteller mit der Annahme der Ware, das ist mit der Annahme des fertigen Werkes, nicht aber des Stoffes im Verzug ist.[2])

Dagegen stehen dem Lieferanten bei Gläubigerbestimmungsverzug die oben behandelten Rechte[3]) aus den §§ 642, 643, 645 BGB. zu.[4])

Der Werklieferungsvertrag als Fixgeschäft.

§ 8.

Unter Fixgeschäft versteht man nach § 361 BGB. wie nach § 376 HGB. denjenigen gegenseitigen Vertrag, bei welchem vereinbart wurde, dass die Leistung des einen Teiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll. Mit dieser Begriffsbestimmung weicht das HGB. von dem alten Handelsgesetzbuche ab, nach welchem kein Fixgeschäft vorlag, wenn nur die Zahlung des Kaufpreises, nicht aber die Lieferung der Ware fixiert war.[5]) Allerdings spielt diese Aenderung

---

[1]) Vgl. oben S. 30 f.

[2]) RG. Bd. 53 S. 223, wo ausgeführt ist: Ein Verzug in der Annahme des Werkes habe zur Voraussetzung, dass es sich um ein fertiggestelltes Werk handelt. Auch nach Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 239bb ist der Lieferant nicht berechtigt, die Ware mit Spezifikationsbefugnis zum Selbsthilfeverkauf zu bringen, sondern er darf nur die nach Massgabe seiner eigenen Spezifikation hergestellte Ware zum Verkauf bringen.

[3]) Vgl. oben S. 36 ff.

[4]) Ebenso Lehmann-Ring Bd. 2 S. 186 Nr. 5.

[5]) Altes Handelsgesetzbuch Art. 357.

praktisch keine grosse Rolle. Denn beim Werklieferungsvertrag ist wie beim Kauf gewöhnlich Zug um Zug zu erfüllen. Es sind also im allgemeinen beide Leistungen fix vereinbart und an demselben Stichtage Zug um Zug zu erfüllen. Uebrigens wird in den meisten Fällen als fix nur die Lieferungs- und Abnahmepflicht der Natur der Sache nach in Betracht kommen. Denn an fixer Zahlung des Kaufpreises wird, wenigstens wenn der Schuldner zahlungsfähig ist, dem Lieferanten nicht viel gelegen sein, besonders bei beiderseitigen Handelsgeschäften, da er ja hier gemäss § 353 HGB. vom Tage der Fälligkeit an Zinsen fordern kann.

Ein Fixgeschäft im Sinne des § 376 HGB. liegt nur vor, wenn aus der ausdrücklichen Vereinbarung oder aus den Umständen hervorgeht, dass die Leistung fix vereinbart wurde. Darauf können beim Vertragsabschluss gebrauchte Worte wie „fix", „genau", „präzis", „prompt", usw. hinweisen.

Allein diese Vereinbarung ist noch nicht genügend. Es muss vielmehr aus dem Wortlaut, aus der Natur des Geschäfts oder aus den begleitenden Umständen erkennbar sein, dass die Einhaltung der Zeit oder der Frist ein wesentlicher Bestandteil der Leistung sein soll.[1]) Die Bestimmung der Zeit oder der Frist muss eine solche Bedeutung haben, dass eine Leistung zu einer anderen Zeit überhaupt nicht als Erfüllung gelten kann.

Wer das Vorliegen eines Fixgeschäftes behauptet, um daraus besondere Rechte herzuleiten, ist für seine Behauptung beweispflichtig.[2])

Ist nun der handelsgeschäftliche Werklieferungsvertrag ein Fixgeschäft in dem oben dargelegten Sinne, so findet

[1]) RG. Bd. 51 S. 348.
[2]) Recht 1902 S. 587 Nr. 2652.

auf ihn nicht § 361 BGB., sondern nach § 381 Abs. 2 HGB. der § 376 HGB. Anwendung.[1])

Der § 376 HGB. unterscheidet sich von § 361 BGB. dadurch, dass letzterer nur eine Auslegungsregel — „es ist im Zweifel anzunehmen" — enthält, während ersterer dispositives Recht schafft.[2]) Es treten mithin beim Handelsfixgeschäft die Folgen des § 376 HGB. mangels gegenteiliger Parteivereinbarung ein.

Nach § 361 BGB. soll der Besteller, wenn die Lieferungszeit vom Lieferanten nicht eingehalten wird, zum Rücktritt berechtigt sein. Daneben aber hat er auch das Recht auf nachträgliche Erfüllung. Um sich Klarheit darüber zu verschaffen, welches von diesen beiden Rechten der Besteller ausüben will, kann der Lieferant ihm eine angemessene Frist für die Ausübung seines Rücktrittsrechtes setzen (§ 355 BGB.). Erklärt der Besteller den Rücktritt nicht rechtzeitig, so erlischt sein Rücktrittsrecht und er kann nur mehr nachträgliche Erfüllung verlangen. Daneben hat er die Rechte aus § 636 BGB. und, wenn sich der Lieferant mit der Leistung in Verzug befindet, aus § 326 BGB.

Die gesetzliche Regelung des § 376 HGB. ist bedeutend strenger als die in § 361 BGB. enthaltene Bestimmung. Beim handelsgeschäftlichen Fixgeschäft hat der Besteller zwar auch neben dem Rücktrittsrecht wahlweise das Recht, nachträgliche Erfüllung zu verlangen. Dieses geht ihm aber verloren, wenn er nicht sofort nach Ablauf des Stichtages dem Lieferanten anzeigt, dass er auf Erfüllung bestehe. Das Handelsgesetzbuch geht eben davon aus, dass die Einhaltung

---

[1]) Bei nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes kommt, wenn der Werklieferungsvertrag kein Fixgeschäft ist, § 636 BGB. zur Anwendung.

[2]) Vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 241; Endemann Bd. 1 S. 849 Anm. 15, 17; Makower S. 1153 a; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 139 Nr. 86.

des Stichtages von so grosser Bedeutung für den Gläubiger ist, dass eine Leistung zu einer späteren Zeit eine andere Leistung als die geschuldete ist, dass infolgedessen eine verspätete Leistung im allgemeinen nicht mehr als Erfüllung angesehen werden kann. Es wird daher auch als Regel angenommen, dass der Gläubiger die verspätete Leistung nicht will. Deshalb wird sein Schweigen als ein Verzicht auf nachträgliche Erfüllung angesehen.

Ist der Lieferant mit der Leistung im Verzug, so kann der Besteller auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Der Setzung einer Frist zur Nachlieferung oder des Nachweises der Interessenlosigkeit der Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs des Schuldners (§§ 326, 283 BGB.) bedarf es jedoch nicht.

Macht der Besteller von dem Rücktrittsrecht Gebrauch, so kommen für dasselbe die Bestimmungen über das vertragsmässige Rücktrittsrecht §§ 346 ff. BGB. zur Anwendung.

§ 376 Abs. 2, 3, 4 bezieht sich nur auf Waren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben. Für den Werklieferungsvertrag einer nicht vertretbaren Sache kommen diese Bestimmungen nicht in Betracht, weil nur vertretbare Sachen einen Börsen- oder Marktpreis haben.

Haftung des Lieferanten wegen Mängel des Werkes.

§ 9.

Ansprüche des Bestellers bei mangelhafter Beschaffenheit des Werkes.

Nach § 651 Satz 2 BGB. treten beim Werklieferungsvertrag an Stelle der §§ 459 ff., welche sich auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kauf beziehen, die Bestimmungen über den Werkvertrag. Darnach ist der Lie-

ferant verpflichtet, die Sache so herzustellen, dass sie die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (§ 633 Abs. 1 BGB.). Im Gegensatz zu § 459 Satz 2 BGB. ist es gleichgültig, ob die durch den Fehler verursachte Minderung der Tauglichkeit oder des Wertes erheblich oder unerheblich ist.

Ist das Werk mit einem Fehler behaftet, so hat der Besteller folgende Rechte:

1. Er kann die Beseitigung desselben verlangen (§ 633 Abs. 2 BGB.). Der Unternehmer kann dieselbe jedoch verweigern, wenn sie einen unverhältnismässigen Aufwand erfordert. Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzug,[1]) so kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.

2. Der Besteller kann dem Lieferanten eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels bestimmen mit der Erklärung, dass er nach dem Ablaufe der Frist die Beseitigung des Mangels ablehne (§ 634 BGB.).[2])

Die Frist muss so bemessen sein, dass die Vornahme der Abänderung während derselben durchführbar ist. Die Fristbestimmung kann erfolgen, sobald der Besteller den Mangel entdeckt, also bereits vor Ablieferung des Werkes. Der Endpunkt darf jedoch frühestens mit der Ablieferung zusammenfallen, da ja der Unternehmer vorher nicht zu liefern verpflichtet ist.

Ist die Frist abgelaufen, ohne dass der Lieferant den Mangel beseitigt hätte, so ist ein Anspruch des Bestellers

[1]) Voraussetzungen dieses Verzuges in §§ 284, 285 BGB.

[2]) Diese Regelung entspricht den §§ 326, 250 BGB.

auf Beseitigung des Mangels ausgeschlossen; er kann nur mehr Wandelung oder Minderung, und wenn der Mangel auf einem Umstand beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§§ 634, 635 BGB.). Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert.

Der Hauptunterschied zwischen der Mängelhaftung beim Kauf und beim Werklieferungsvertrag besteht darin, dass dem Käufer primär das Recht auf Wandelung oder Minderung zusteht; der Besteller dagegen kann in erster Linie nur Beseitigung des Mangels fordern; erst wenn der Lieferant diesem Verlangen nicht nachkommt, kann er Wandelung oder Minderung und eventuell Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Nur in drei Fällen stehen dem Besteller diese Rechte primär ohne vorherige Fristsetzung zu, nämlich

1. wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist,
2. wenn der Unternehmer dieselbe verweigert,
3. wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruches auf Wandelung oder auf Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird (§ 634 Abs. 2 BGB.).

Für den Vollzug und die Wirkung der Wandelung und Minderung gelten beim Werklieferungsvertrag nach § 651 Satz 2 BGB. ebenso wie nach § 634 Abs. 4 BGB. die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465 ff. BGB.

Der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels und die wegen eines Mangels dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verjähren in sechs Monaten vom Zeitpunkt der Ablieferung[1]) des Werkes an ge-

[1]) Die Ablieferung erklären die Protokolle Bd. 1 S. 702 als denjenigen Zeitpunkt, „in welchem dem Besteller die Möglichkeit gegeben

rechnet. Diese Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden (§ 638 Abs. 2 BGB.). Auch eine Abkürzung derselben ist nach § 225 BGB. zulässig. Hat der Lieferant den Mangel arglistig verschwiegen, so greift die ordentliche Verjährungsfrist des § 195 BGB. Platz (§ 638 BGB.).

Unterbrochen wird die Verjährung durch den Antrag des Bestellers auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises. Diese Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens (§§ 639, 477 Abs. 2 BGB.).

Eine Hemmung der Verjährung tritt ein, wenn sich der Unternehmer im Einverständnisse mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Beseitigung des Mangels unterzieht. Die Hemmung dauert so lange, bis der Lieferant das Prüfungsergebnis dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert[1]) (§ 639 Abs. 2 BGB.).

Wird die Verjährung eines der Mängelansprüche des Bestellers unterbrochen oder gehemmt, so wird hiedurch

---

ist, tatsächlich über die Sache zu verfügen, sie zu untersuchen und etwaige Mängel zu entdecken". Der Unterschied zwischen Ablieferung und Uebergabe besteht darin, dass letztere sich als Rechtsgeschäft zwischen Besteller und Lieferant darstellt, während die erstere ein rein tatsächlicher in einer einseitigen Handlung des Lieferanten bestehender Hergang ist; ebenso Staudinger Bd. 2 S. 116a; Oertmann S. 202, 2; Planck Bd. 2 S. 258, 4a. Ablieferung und Uebergabe werden zwar gewöhnlich zeitlich zusammenfallen, es ist dies jedoch nicht unbedingt nötig. Man denke nur an die Fälle der §§ 930, 931 BGB. §§ 424, 425, 647 HGB. In diesen Fällen wird zwar die Uebergabe, nicht aber die Ablieferung, durch constitutum possessorium, durch Abtretung des Eigentumsanspruchs oder durch Uebergabe des Lagerscheins, Ladescheins oder Konossements ersetzt. Hier geht also die Uebergabe der Ablieferung voraus.

[1]) Die allgemeinen Vorschriften der §§ 202 ff., 209 ff. BGB. haben auch für die Verjährung der Mängelansprüche Geltung.

auch eine Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung der anderen Mängelansprüche bewirkt (§§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 3 BGB.).

Ist die Verjährung vollendet, so muss der Besteller, wenn er wegen eines Mangels des Werkes klageweise gegen den Lieferanten vorgeht, befürchten, dass dieser seinem Klagebegehren die Verjährungseinrede des § 222 BGB. entgegensetzt. Er kann also seine Ansprüche im Klagewege nicht mehr geltend machen. Dagegen kann er nach Vollendung der Verjährung gemäss §§ 478, 479, 639 Abs. 1 BGB. die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde, oder den ihm auf Grund des § 635 BGB. zustehenden Anspruch auf Schadensersatz aufrechnen,[1])

1. wenn er, bevor der Anspruch auf Wandelung oder Minderung bzw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verjährt war, dem Lieferanten den Mangel angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet hatte,

2. wenn er vor Vollendung der Verjährung gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt hatte,

3. wenn er vor Vollendung der Verjährung in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Unternehmer den Streit verkündet hat.

Hat der Lieferant den Mangel arglistig verschwiegen,

---

[1]) Nach § 390 BGB. wäre die Aufrechnung der bereits verjährten Schadensersatzforderung auch zulässig, wenn keine der Handlungen des § 478 BGB. vorgenommen wurde. Dadurch aber wäre der Zweck der kurzen Verjährung teilweise vereitelt, indem der Besteller auch noch nach langer Zeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen könnte. Deshalb ist die Aufrechnung nach Verjährung nur statthaft gemäss § 479 BGB., wenn der Besteller vorher eine der in § 478 bezeichneten Handlungen vorgenommen hat. Vgl. Planck Bd. 2 S. 260 zu § 479.

so bleibt dem Besteller auch nach Vollendung der Verjährung seiner Ansprüche, welche nach §§ 638, 195 BGB. in dreissig Jahren vollendet ist, die Einrede aus § 478[1]) und die aufrechnungsweise Geltendmachung seines Schadensersatzanspruches[2]) auf unbegrenzte Zeit, ohne dass er eine der in § 478 BGB. bezeichneten Handlungen vorgenommen hätte, erhalten.

Zweifelhaft mag es erscheinen, ob die Aufrechnung nach § 479 BGB. nur gestattet ist gegen die Kaufpreisforderung des Lieferanten oder auch gegen andere Forderungen desselben. Staub[3]) ist der Meinung, dass dieselbe sowohl gegen Ansprüche aus demselben Geschäfte wie auch gegen solche aus anderen Rechtsgeschäften zulässig sei, da ja § 479 einen solchen Unterschied nicht mache. Für diese Ansicht spricht zwar der Wortlaut des Gesetzes, aus dem nicht hervorgeht, dass die Aufrechnung nur gegen den noch nicht gezahlten Kaufpreis aus dem nämlichen Rechtsgeschäfte vorgenommen werden kann. Aber abgesehen davon, dass der Grund nicht einzusehen ist, warum nach der Vollendung der Verjährung bei dem Schadensersatzanspruche wegen Nichterfüllung auch in den Fällen Aufrechnung zulässig sein sollte, in welchen die einredeweise Geltendmachung der Wandelung oder Minderung durch § 478 BGB. ausdrücklich ausgeschlossen ist, geht auch aus der Vorgeschichte des § 479 BGB. deutlich hervor, dass die Aufrechnung des Schadensersatzanspruches nur gegen die noch nicht gezahlte Kaufpreisforderung zulässig sein soll. In der zweiten Kommission wurde der zu § 397 Entwurf I gestellte Abänderungsantrag, dass der Käufer unter bestimmten Voraussetzungen die Ansprüche auf Wandelung oder Minderung, sowie den

[1]) § 853 BGB.
[2]) § 390 Satz 2 BGB.
[3]) Staub Bd. 2 S. 1372 Anm. 118.

Anspruch auf Schadensersatz auch nach Ablauf der Verjährung einredeweise geltend machen könne,[1]) in der Erwägung angenommen, dass im Interesse der Einfachheit des Gesetzes auch für den Schadensersatzanspruch die Frage einheitlich geregelt werden solle.[2]) Die Redaktionskommission arbeitete diese Abänderung in zwei Paragraphen 478 und 479 um. Trotzdem aber ist § 479 ebenso auszulegen wie § 478. Darauf, dass die aufrechnungsweise Geltendmachung des Schadensersatzanspruches nicht in einem Absatz des § 478, sondern in einem selbständigen Paragraphen behandelt wird, ist kein Gewicht zu legen, da dies ein rein äusserlicher und zufälliger Umstand ist. Es ist vielmehr auf den Zweck des Gesetzes zurückzugreifen und da eine einheitliche Regelung der aufrechnungsweisen Geltendmachung des Schadensersatzes und der einredeweisen der Wandelung und der Minderung beabsichtigt war, ist daran festzuhalten, dass auch die Aufrechnung des Anspruches auf Schadensersatz nur gegen den noch nicht gezahlten Kaufpreis zulässig ist.[3])

§ 10.

Die Mängel-Rüge.

Für den Werklieferungsvertrag besteht, selbst wenn er ein einseitiges Handelsgeschäft ist, zwecks der Erhaltung der Mängelansprüche weder eine Untersuchungspflicht noch eine Rügepflicht des Bestellers. Dieser ist bei der Abnahme nicht verpflichtet, das Werk zu untersuchen, weil die Abnahme, wie oben dargelegt, keinen Akt der Billi-

[1]) Protokolle Bd. 1 S. 674.
[2]) Protokolle Bd. 1 S. 703 ff.
[3]) Ebenso RG. Bd. 56 S. 170 ff.; Makower S. 1221, 2; Staudinger Bd. 2 S. 120, 4.

gung enthält. Nur für den Fall, dass er trotz Kenntnis eines Mangels das Werk abnimmt, kann er aus diesem Mangel keinen Anspruch gegen den Lieferanten herleiten, wenn er sich nicht seine Rechte wegen desselben bei der Abnahme vorbehält (§ 640 Abs. 2 BGB.). Hiebei setzt das Gesetz das „Kennen" dem „Kennenmüssen" nicht gleich. Wenn also der Besteller selbst infolge grober Fahrlässigkeit einen Mangel bei der Abnahme nicht erkannte, so verbleiben ihm dennoch die ihm wegen desselben gegen den Lieferanten zustehenden Ansprüche.[1]) Den Beweis dafür, dass der Besteller den Mangel kannte, hat der Lieferant zu erbringen. Auch zur Anzeige eines Mangels, welchen der Besteller nach der Lieferung des Werkes bemerkt, ist er nicht verpflichtet. Auch ohne dieselbe verbleiben ihm seine Ansprüche aus der Mängelgewähr. Nur für die einredeweise Geltendmachung der Wandelung und Minderung nach §§ 478, 639 BGB. und die Aufrechnung eines Schadensersatzanspruches gemäss §§ 479, 639 BGB. nach Vollendung der Verjährung ist die Mängelanzeige von Wichtigkeit.[2])

---

[1]) Anderer Ansicht Sonnenbrodt S. 49; auch Staub Bd. 2 S. 1379 Anm. 154 nimmt an, dass das Prinzip des § 377 HGB. auch für einseitige Handelskäufe, wenn auch in abgeschwächter Weise Geltung haben soll. Hiegegen spricht die Erwägung, dass ein Nichtkaufmann, der von einem Kaufmann kauft, nicht ungünstiger gestellt sein soll, als wenn er von einem Nichtkaufmann kauft; er würde auch deshalb oft in eine sehr peinliche Lage kommen, weil ihm die zur Untersuchung erforderliche Sachkenntnis fehlt. Gareis § 377 Anm. 2; vgl. auch Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 268, 1; Lehmann-Ring II S. 152 Nr. 9. Allerdings kann unter Umständen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 242 BGB.) den Besteller zur Untersuchung der Ware und zur Mängelanzeige verpflichten. Vgl. Schneider § 31 und S. 241: „der § 242 fordert . . . von den Vertragsbeteiligten für die Ausführung der Schuldrechtsverbindlichkeit eine beiderseitige Beobachtung von Treu und Glauben, soweit das gesetzte Recht Pflichten und Rechte nicht selbst bestimmt."

[2]) Vgl. oben S. 51, 1.

Wenn dagegen der Werklieferungsvertrag ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist, wenn also sowohl der Besteller wie auch der Unternehmer Kaufleute sind, hat das HGB. §§ 377, 378, 381 Abs. 2 dem Besteller eine Untersuchungspflicht der Ware und eine Mängelanzeigepflicht aufgebürdet und hievon die Erhaltung der ihm nach BGB. zustehenden oben behandelten Mängelansprüche abhängig gemacht. Während im alten HGB. Art. 347 der Käufer nur bei Distanzgeschäften, also bei dem Versendungskauf, die Pflicht zur Mängelrüge hat, besteht dieselbe nach §§ 377, 378 HGB. auch für Platzgeschäfte.

Die Verpflichtung der §§ 377, 378 ist keine Verpflichtung in dem Sinne, dass der Besteller auf deren Erfüllung klagen könnte. Die Wirkung der Unterlassung derselben besteht nur darin, dass der Besteller die ihm wegen Mängel des Werkes gegen den Lieferanten zustehenden Ansprüche verliert.

Gleichgültig ist es, ob beide Teile bei der Ablieferung der Ware Kaufleute sind. Die Kaufmannseigenschaft muss jedoch im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses vorhanden gewesen sein. Daraus folgt, dass, wenn der Besteller stirbt, auch seine Erben, selbst wenn diese nicht Kaufleute sind, zur Untersuchung der Ware und zur Mängelrüge verpflichtet sind.[1])

Die Untersuchung hat unverzüglich nach der Ablieferung der Ware stattzufinden. Unter Ablieferung ist derjenige Akt zu verstehen, durch den der Verkäufer die Sache aus seiner Verfügungsgewalt entlässt und dieselbe in die Verfügungsgewalt des Käufers gelangt, so dass dieser nunmehr die Beschaffenheit der Ware prüfen kann.[2])

---

[1]) Vgl. Lehmann-Ring II S. 153 Nr. 9; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 269, 2.

[2]) RG. 31. III. 1903 in der Spruchsammlung d. DJZ. 1904, S. 93; Staub Bd. 2 S. 1351 Anm. 16; vgl. ferner oben § 9 S. 49 Anm. 1.

Eine wirksame Ablieferung liegt nur vor, wenn der Besteller der mit seinem Wissen vorgenommenen Uebertragung der Verfügungsgewalt nicht widerspricht;[1]) protestiert er gegen dieselbe, so gelangt die Sache nicht in seine Verfügungsgewalt.

Es treten dann nicht die Verpflichtungen der §§ 377, 378 HGB. ein. Dagegen kommt der Besteller in diesem Falle in Abnahmeverzug, wenn die Voraussetzungen für denselben vorliegen.

Die Untersuchung der Sache ist die Grundlage für die Mängelrüge. Denn im allgemeinen kann ein Mangel der Ware erst durch die Untersuchung festgestellt werden. Sie hat unverzüglich nach der Ablieferung zu erfolgen; der Besteller darf sie also nicht schuldhaft hinausziehen; besondere Beschleunigungsmittel zur Bewirkung der Untersuchung braucht er aber, wenn dies nicht durch die Natur der Sache bedingt ist, nicht benützen. Da die Untersuchung unverzüglich, soweit dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgang tunlich ist,[2]) vorgenommen werden muss, so ist eine Verzögerung derselben durch Einholung von Gutachten unter Umständen zulässig, nämlich dann, wenn die Ware von der Art ist, dass ihre Beschaffenheit nur von Sachverständigen erkannt werden kann. Für die Frage, ob es zur ordnungsgemässen Untersuchung der Ware der Einholung von Gutachten Sachverständiger bedarf, sind die objektive Sachlage und die allgemeinen Verkehrsanschauungen, nicht die persönlichen Verhältnisse des Bestellers und seine subjektiven

[1]) Ebenso Staub Bd. 2 S. 1351 Anm. 16; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 157 Nr. 24; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 270, 3; anderer Meinung Makower S. 1169 III, 3, welcher behauptet, dass die Ablieferung ohne Willen und Wissen des Bestellers sich vollziehen könne.

[2]) Untunlich ist die unverzügliche Vornahme der Untersuchung dann, wenn sie dem Besteller mehr Aufwand und Kosten verursachen würde, als es dem Lieferanten wert sein kann. Vgl. Stammler S. 371.

Anschauungen entscheidend. Im allgemeinen ist daran festzuhalten, dass der Besteller, der mit Waren der bestellten Art handelt, in der Regel entweder die zur eigenen Untersuchung nötige Sachkenntnis besitzen oder geeignete Vorkehrungen treffen muss, um die gehörige Untersuchung in der für solche Waren üblichen Zeit durch Dritte besorgen zu lassen.[1])

Stellt sich bei der Untersuchung ein Mangel heraus, so hat der Besteller dem Lieferanten unverzüglich davon Anzeige zu machen. Unterlässt er eine solche Anzeige, so gilt die Ware in Ansehung aller Mängel, welche bei der Untersuchung erkennbar waren, als genehmigt. Er kann also aus denselben keine Ansprüche mehr gegen den Lieferanten herleiten.[2]) Bezüglich derjenigen Mängel, welche bei der Untersuchung nicht erkennbar waren, sondern sich erst später, z. B. beim Gebrauche der Sache zeigten, ist die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung zu machen, wenn nicht der Besteller seiner Rechte wegen dieses Mangels verlustig gehen soll.

Die Anzeige ist an keine Form gebunden. Sie besteht darin, dass der Besteller das Vorhandensein der Mängel behauptet; dass er wegen derselben die Ware nicht genehmige, braucht er nicht besonders zum Ausdrucke bringen. Aus der Vorschrift des § 377 Abs. 2 HGB., dass beim Unterlassen einer Mängelanzeige die Ware als genehmigt gilt,

---

[1]) RG. Bd. 59 S. 45.

[2]) Rechtserheblich für den Verlust der Mängelansprüche ist also nicht die Untersuchung, sondern die Mängelanzeige; die Untersuchung ist eine Voraussetzung des Auffindens der Mängel und sie muss deshalb unverzüglich nach Ablieferung vorgenommen werden, um nicht die Mängelanzeige hinauszuschieben. Die Mängelanzeige entspricht auch dann dem Gesetze, wenn der Besteller die Ware nicht untersucht, sondern auf andere Art Kenntnis der Mängel erlangt hat. Vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 274 III; Staub Bd. 2 S. 1349 Anm. 11.

ergibt sich von selbst, dass die Anzeigeerstattung als eine Versagung der Genehmigung zu betrachten ist, wenn nicht aus dem Inhalte der Anzeige oder aus den Umständen hervorgeht, dass der Besteller trotz der Mängel die Ware genehmige, oder dass er von den ihm aus dem Vorhandensein der Mängel erwachsenen Ansprüchen keinen Gebrauch machen wolle.[1])

Dass die Anzeige rechtzeitig bei dem Lieferanten eintrifft, ist nicht erforderlich; der Besteller hat seiner Anzeigepflicht durch rechtzeitige Absendung der Anzeige genügt (§ 377 Abs. 4 HGB.).[2]) Die Anzeige ist somit keine empfangsbedürftige Willenserklärung.

Auf die Verjährung der Mängelansprüche haben die Vorschriften des HGB. §§ 377, 378 keinen Einfluss.

Hat der Lieferant arglistig einen Mangel verschwiegen, so kann er sich nicht auf die Unterlassung der Mängelrüge seitens des Bestellers berufen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die unterlassene Untersuchung und Mängelrüge im ursächlichen Zusammenhang mit dem arglistigen Verschweigen des Lieferanten stand, oder ob die Untersuchung und Anzeige nur aus Nachlässigkeit unterblieb. Der § 377 soll nur dem gutgläubigen Lieferanten zugute kommen. Es ist nicht nötig, dass durch das arglistige Verschweigen des Lieferanten eine Täuschung des Bestellers über die Vertragsmässigkeit der Lieferung wirklich hervorgerufen wurde, und er deshalb die Untersuchung und Anzeige unterlassen hat.[3])

---

[1]) RG. Bd. 54 S. 67.

[2]) Im Gegensatz zu § 130 BGB., aber im Einklang mit § 478 Abs. 1 BGB.

[3]) Ebenso RG. Bd. 55 S. 210; Makower S. 1188 VII, 2; Cosack, Handelsrecht, S. 197 d; anderer Ansicht Staub Bd. 2 S. 1374 Anm. 131; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 169 Nr. 74, welche ausführen, dass die Täuschung erreicht und die Unterlassung der Untersuchung und der Anzeige eine Folge derselben sein müsse, wenn § 377 Abs. 1—4 HGB. keine Anwendung finden solle.

Die handelsrechtlichen Vorschriften über die Untersuchungspflicht und Rügepflicht des Bestellers finden nicht nur bei Mängeln in den Eigenschaften der Ware Anwendung, sondern sie haben nach § 378 HGB. auch dann Geltung, wenn der Lieferant eine andere als die bedungene Sache, oder eine andere als die bedungene Menge von Waren liefert. Nur wenn die gelieferte Ware von der bestellten so erheblich abweicht, dass der Lieferant die Genehmigung des Bestellers als ausgeschlossen betrachten musste, gilt auch bei Unterlassung der Anzeige die Sache nicht als genehmigt.

Auf den ersten Blick erscheint es, als ob § 378 HGB. auf den Werklieferungsvertrag einer nicht vertretbaren Sache keine Anwendung finden könne. Allerdings wird derselbe in der Regel nur bei Gattungssachen anwendbar sein; indessen ist seine Anwendbarkeit auch bei einer nicht vertretbaren Sache nicht ausgeschlossen.[1])

Die gelieferte Sache wird dann eine andere als die bestellte sein, wenn sie begrifflich eine andere als die bei der Bestellung ins Auge gefasste Sache ist. Ein Mangel in den Eigenschaften derselben liegt dagegen dann vor, wenn die Sache zwar die Merkmale der bestellten, jedoch in mangelhafter Ausführung aufweist. Hat jemand ein Zigarrenetui nach besonderen Angaben bestellt und erhält in dieser Ausführung ein Zigarettenetui, so wurde zweifellos eine andere als die bedungene Ware geliefert. Weiss der Lieferant zufällig, dass der Besteller das Etui zu einem Zwecke, bei dem ihm ein Zigarettenetui dieselben Dienste leistet, beispielsweise zu einem Geschenk, verwenden wollte, so muss er nicht unbedingt die Genehmigung des Zigarettenetuis als ausgeschlossen betrachten, so dass in diesem Falle

[1]) Ebenso Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 300 II; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 172 Nr. 4, S. 174 Nr. 10.

unter Umständen §§ 377, 378 HGB. Anwendung finden würde.

Auch eine andere als die bedungene Menge von Waren kann beim Werklieferungsvertrag nicht vertretbarer Sachen geliefert werden. Das kann vor allem der Fall sein, wenn es sich um Lieferung einer Sachgesamtheit, z. B. um Lieferung eines monogrammierten Tafel- oder Glasservice handelt. Macht hier der Besteller nicht von der Mehr- oder Wenigerlieferung dem Lieferanten unverzüglich gemäss §§ 378, 377 Anzeige, so gilt die Abweichung als genehmigt.

Beanstandet der Besteller eine ihm von einem anderen Orte übersandte Ware, so ist er verpflichtet für ihre einstweilige Aufbewahrung zu sorgen (§ 379 Abs. 1 HGB.).

Schon aus dem den ganzen Rechtsverkehr beherrschenden Prinzip von Treu und Glauben ergibt sich, dass der Besteller die Sache nicht einfach preisgeben darf. Der § 379 geht aber weiter, wenn er für das Distanzgeschäft bestimmt, dass der Besteller die beanstandete Sache auch nicht ohne weiteres zurücksenden darf, sondern sie aufbewahren muss, bis der Lieferant in der Lage ist, über dieselbe zu verfügen.[1])

Die Kosten der Aufbewahrung hat zwar der Besteller zu tragen; wenn aber die Beanstandung begründet war, so kann er Ersatz derselben von dem Lieferanten verlangen. Bis zu ihrer Zahlung hat er das kaufmännische Retentionsrecht der §§ 369 ff. HGB. wie auch das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB.

Der Hauptunterschied zwischen diesen beiden Rechten besteht darin, dass der § 273 BGB. dem Besteller nur gestattet, die Herausgabe der Sache bis zur Zahlung seiner Auslagen zu verweigern, während ihm das kaufmännische Retentionsrecht die Möglichkeit gibt, sich nach Massgabe

[1]) RG. Bd. 43 S. 32.

des § 371 HGB. aus der zurückbehaltenen Sache für seine Auslagen zu befriedigen, wenn er einen vollstreckbaren Titel für seine Forderung erlangt hat. Sowohl das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB., wie auch dasjenige des § 369 HGB. kann der Lieferant durch reale Sicherheitsleistung (BGB. § 232 ff.) nicht aber durch Stellung von Bürgen abwenden (§ 369 Abs. 4 HGB., § 273 Abs. 3 BGB.).

Bei der Aufbewahrung hat der Besteller für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen (§ 347 HGB.). Veräussern darf er die Ware nur, wenn sie dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist, unter Beobachtung der Vorschriften des § 373 HGB. (§ 379 Abs. 2 HGB.).[1]) Verkauft er sie unter Nichtbeobachtung der Vorschriften des § 373, so ist hierin unter Umständen eine Genehmigung der Ware zu erblicken.[2]) Auf alle Fälle aber macht sich der Besteller hiedurch schadensersatzpflichtig. Uebrigens wird das Notverkaufsrecht beim Werklieferungsvertrag nicht vertretbarer Sachen infolge der Natur der Ware kaum praktisch angewendet werden können.

Der § 379 HGB. hat nur Geltung bei beiderseitigen Handelsgeschäften, die gleichzeitig Distanzgeschäfte sind. Bei Platzgeschäften und bei allen einseitigen Handelsgeschäften dagegen sind lediglich für die Aufbewahrung der beanstandeten Ware die Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches massgebend. Dieses legt zwar dem Besteller eine Aufbewahrungspflicht nicht ausdrücklich auf, sondern dieser hat im allgemeinen das Recht, die beanstandete Ware zurückzusenden. Dennoch aber wird man auf Grund des Prinzips von Treu und Glauben annehmen müssen, dass der Besteller auch bei Platzgeschäften und einseitigen Handelsgeschäften unter Umständen eine einstweilige Aufbe-

[1]) Vgl. oben S. 27 ff.
[2]) RG. Bd. 54 S. 81.

wahrungspflicht hat, bis es dem Lieferanten möglich ist, über die Sache zu verfügen. Das Prinzip von Treu und Glauben enthält eben das Gebot, dass jeder bis zu einem gewissen Masse und ohne Gefährdung des eigenen Interesses für den anderen tätig zu werden und mitzuwirken für verpflichtet zu erachten ist.[1])

Unterlässt bei einem einseitigen Handelsgeschäft der Besteller die Aufbewahrung der beanstandeten Ware und lässt diese schuldhaft verkommen, so verliert er, wenn er nach Treu und Glauben zur Aufbewahrung verpflichtet ist, sein ihm nach §§ 634, 467 BGB. zustehendes Wandelungsrecht (§ 351 BGB.).

Schluss.

§ 11.

Diejenigen Rechtsgebiete des Werklieferungsvertrags, in denen die durch BGB. § 651 Satz 2 geschaffene Rechtslage durch die Anwendung der Regeln über den Handelskauf gemäss § 381 Abs. 2 HGB. ergänzt oder abgeändert wird, sind im vorstehenden behandelt. Es sind dies die Berechnung der Vergütung (oben § 4), die Abnahme und der Verzug derselben (oben §§ 5 u. 6), die Unterlassung einer zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung seitens des Bestellers (oben § 7), das Vorliegen eines Fixgeschäftes (oben § 8), die Gewährleistung wegen Sachmängel und die Mängelrüge (oben § 9 u. 10). Im übrigen regelt sich der Werklieferungsvertrag einer nicht vertretbaren Sache, da sich mit dem oben Dargestellten die Vorschriften des HGB. erschöpfen, lediglich gemäss § 651 Satz 2 BGB.

[1]) Düringer-Hachenburg III S. 315 VII; Lehmann-Ring II S. 176 Nr. 3; Staub Bd. 2 S. 1387 Anm. 26; Makower S. 1232 I a 2; Schneider S. 197.

Hiernach hat der Lieferant dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an derselben frei von Rechten Dritter, welche gegen diesen geltend gemacht werden können, zu verschaffen. Bezüglich der Mängel im Rechte gelten die Vorschriften des Kaufrechts § 434 ff. BGB. Die Haftung des Lieferanten für Rechtsmängel bestimmt sich nach § 440 Abs. 2—4 BGB.

Nach § 444 BGB. ist der Lieferant dem Besteller zur Auskunfterteilung verpflichtet. Die Nutzungen gebühren von der Uebergabe an dem Besteller; von diesem Zeitpunkte an hat er aber auch die Lasten der Sache zu tragen (§ 446 Satz 2 BGB.). Die Kosten der Uebergabe fallen dem Lieferanten, diejenigen der Abnahme und der Versendung der Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte dem Besteller zur Last (§ 448 Abs. 1 BGB.). Die nach dem Gefahrübergang gemachten notwendigen Verwendungen kann der Lieferant ersetzt verlangen (§ 450 BGB.). Für den Ersatz sonstiger Verwendungen gelten die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Hat der Lieferant das Werk übergeben und Eigentum daran verschafft, die Vergütung aber gestundet, so steht ihm das Rücktrittsrecht der §§ 325 Abs. 2 und 326 BGB. wegen Zahlungsverzugs nicht zu (§ 454 BGB.). Dieses Rücktrittsrecht findet aber statt, wenn der Lieferant sich das Eigentum bis zur Zahlung der Vergütung vorbehalten hat. Es ist dann im Zweifel anzunehmen, dass die Uebertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt, und dass der Lieferant, wenn der Besteller mit der Zahlung in Verzug kommt, zum Rücktritt berechtigt ist.

Die Abnahmepflicht, die Entrichtung der Vergütung, die Sachmängelhaftung und die Verjährung der Sachmängelansprüche, die sich hauptsächlich nach den Normen des Werk-

vertrags beurteilen, sind schon oben behandelt. Ebenso ist auf die Folgen der nicht rechtzeitigen Herstellung des Werkes bereits bei Gelegenheit der Betrachtung des Werklieferungsvertrags als Fixgeschäft hingewiesen worden.[1]) Auf die Rechte des Bestellers bei Verzögerung der Herstellung des Werkes finden die für die Mängelgewähr geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 636 BGB.).

Der Gefahrübergang erfolgt nach § 644 mit der Abnahme bzw. mit dem Annahmeverzug. Die Transportgefahr regelt sich gemäss § 644 Abs. 2 nach § 447 BGB.

Der durch BGB. § 651 Satz 2 für anwendbar erklärte § 461 BGB., welcher die Mängelhaftung des Verkäufers beim Pfandverkauf betrifft, ist für den Werklieferungsvertrag gegenstandslos.

Da der Lieferant Eigentümer des Werkes bis zur Leistung bleibt, können selbstverständlich die §§ 647, 648 BGB., deren Anwendbarkeit durch § 651 Satz 2 ausdrücklich ausgeschlossen ist, keine Anwendung finden. Dagegen hat der Lieferant bis zur Zahlung seiner Forderung aus dem Vertrag ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. wie auch nach § 369 HGB.[2])

Endlich sei noch bemerkt, dass dem Prinzip der Vertragsfreiheit entsprechend sowohl § 651 BGB. wie auch die §§ 373 bis 381 HGB. nur dispositives Recht schaffen.[3]) Es ist also der Parteivereinbarung überlassen, soweit nicht ein Verstoss gegen die guten Sitten vorliegt, diese Vorschriften nach Belieben abzuändern oder auszuschliessen.

---

[1]) Vgl. oben S. 46 Anm. 1.

[2]) Näheres oben S. 60 f.

[3]) Staudinger Bd. 2 S. 493 V; Planck Bd. 2 S. 390, 1; Oertmann S. 376, 4; Fischer-Henle § 651 Anm. 2; Protokolle Bd. 2 S. 339 f.; Lehmann-Ring S. 95 Nr. 5; auch Wittich S. 285 a. E.